Streitfragen zu § 1007 BGB.

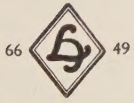
INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Hans Armin Matthiae
Gerichtsreferendar
aus Wuppertal-Elberfeld.



Marburg 1933

Gedruckt in der Verlags-Anstalt Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 24. Juli 1953.

Berichterstatter: Prof. Dr. Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

A. Kommentare und Lehrbücher.

1) Biermann, Kom. zum Sachenrecht, Berlin, Auflage 1903 und 1914.
2) Cosack-Mitteis, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Jena, II. Auflage 1916.
3) Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechtes, III. Auflage 1906.
4) Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes, Berlin, 1905.
5) Enneccerus-Wolff, Sachenrecht, Marburg, 1927.
6) J. v. Gierke, Sachenrecht, 1928.
7) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2 Leipzig 1905 (zitiert: DPR).
8) Goldmann-Lilienthal, Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 2, Berlin, 1912.
9) Hedemann, Sachenrecht, Berlin 1924.
10) Jung, in Stammler „Das gesamte Deutsche Recht", Berlin, 1931, S. 966 ff.
11) Kommentar der Reichsgerichtsräte Bd. 3, 1928, VI. Auflage.
12) Kretschmar, Sachenrecht, Leipzig, 1906.
13) Landsberg, „Das Recht des BGB.", Berlin, 1904.
14) Lehmann, „Allgemeiner Teil des BGB.", Berlin, 1928, III. Auflage.
15) Maenner, Sachenrecht, 1906.
16) Planck, Kommentar zum BGB., Berlin, IV. Auflage, 1915, III. Auflage 1903.
17) Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. 3, Leipzig, 1926.
18) Warneyer Kommentar zum BGB., Tübingen 1930.

B) Einzelabhandlungen:

1) Buhl, „Das Recht der beweglichen Sache nach dem BGB.", Berlin 1901.
2) Otto Gierke, „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes", Jena, 1897 (zitiert: FB).
3) Henle, „Das Recht auf Besitz", Rostock, 1928, auch in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege, 44 Jahrgang.
4) Henle, JW. 1926, Bd. 2, S. 2237.
5) Koppers, „Eigentum und Besitzrechtsklage des früheren Besitzers" DJZ, 1902, S. 196.
6) Krückmannn, Ziv.-Arch. Bd. 108, S. 179.
7) Leonhard zu Eck, Vorträge, Bd. 2 (1904).
8) Mugdan, „Die gesamten Materialien zum BGB", Bd. 3, Berlin, 1899.
9) Oertmann, „Professor Dr. Henle, Das Recht auf Besitz" in JW. 1929, S. 570.

10) Oertmann, „Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit“ in Jherings Jahrbuch Bd. 66, S. 130 ff.
11) Pflüger, „Die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem BGB“, Jher. Jahrb. Bd. 35, S. 451.
12) Martin-Wolff, „Das Recht zum Besitz“ aus Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903.

C) Dissertationen:

1) Biedermann, „Der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers nach § 1007“, Straßburg 1911.
2) Crull, Wilhelm, „Der Begriff abhanden kommen“, Rostock 1928.
3) Paul Cyppers, „Zum Problem des § 1007“, Rostock 1908.
4) Feustel, „Der Anspruch aus § 1007“, Jena 1900.
5) Frank, „Ein Vergleich zwischen der actio publiciana und § 1007“, Köln 1903.
6) Giese, „Besitzrechtsschutz des BGB.“, Berlin 1901.
7) Kurt Gnatzky, „Der Begriff abhanden gekommene Sache nach BGB.“, Berlin 1912.
8) Hans Lorey, „Der Anspruch des früheren Besitzers nach § 1007“, Jena 1910.
9) Loos „Der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers“, Breslau 1905.
10) Neumann, „Der Anspruch des § 1007 des BGB.“, Göttingen 1907.
11) Hans Vorbeck, „Ein Vergleich zwischen §§ 556 Abs. 3 und 1007 BGB.“, Rostock 1930.
12) v. Schalbourg, „Wie verhalten sich die §§ 556 Abs. 3 und 604 Abs. 4 zu § 1007 BGB.“, Rostock 1930.
13) Otto Volk, „Der Anspruch des früheren Besitzers aus § 1007“, Jena 1903.

I. Einleitung.

Die Bestimmung des § 1007 BGB. gehört dem Sachenrecht an und hat ihre Einordnung in dem Kapitel „Ansprüche aus dem Eigentum" gefunden. Ihrem Rechtsinhalte nach gewährt sie dem früheren Besitzer einer Sache einen Herausgabeanspruch gegen den gegenwärtigen Besitzer.

Der Anspruch richtet sich im einzelnen:

a) gegen den bösgläubigen gegenwärtigen Besitzer, oder auch

b) gegen den gutgläubigen, wenn die Sache dem früheren Besitzer gestohlen, verloren oder sonstwie abhanden gekommen ist.

Der Anspruch findet weitgehende Beschränkung durch eine Anzahl selbständiger Verteidigungsmittel, die dem Beklagten gegeben sind, und zwar ist der Anspruch ausgeschlossen:

a) wenn der frühere Besitzer bei Besitzerwerb nicht im guten Glauben war,

b) wenn er die Sache aufgegeben hatte,

c) wenn er, der gegenwärtige Besitzer, dem früheren Besitzer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, (Verweisung auf § 986 BGB.);

ferner, soweit es sich um eine abhanden gekommene Sache handelt:

d) wenn er, der gegenwärtige Besitzer, Eigentümer der dem früheren Besitzer abhanden gekommenen Sache ist, oder

e) wenn ihm die Sache noch vor dem Besitz des früheren Besitzers und Klägers selber abhanden gekommen war.

Vornehmlich im Hinblick auf die zahlreichen der Beklagten zu Gebote stehenden Verteidigungsmittel findet die Bestimmung als Klagegrundlage in der Praxis so gut wie gar keine Verwendung. Denn es erscheint für den früheren Besitzer und Kläger zweckmäßig, seine Herausgabeklage gegen den gegenwärtigen Besitzer auf solche Bestimmungen zu stützen, die dem Beklagten und gegenwärtigen Besitzer eine weniger starke Stellung einräumen als dies der § 1007 tut. Er wird daher dem Anspruch aus § 1007 gegebenenfalls solche aus Eigentum, aus einem Forderungsrecht oder auch aus dem Besitzrecht (§ 861 BGB.) vorziehen.

Hieraus erklärt es sich, daß die Praxis, namentlich die höheren Gerichte, keine Gelegenheit hatten, zu den in § 1007 enthaltenen zahlreichen Streitfragen Stellung zu nehmen. Ungleich eingehender hat sich jedoch die Theorie mit der geschichtlich und rechtssystematisch interessanten Bestimmung befaßt; noch in neuerer Zeit hat Henle sie zum Gegenstand einer wissenschaftlichen Abhandlung gemacht, die er unter dem Titel „das Recht auf Besitz" veröffentlicht hat.

II. Das Recht zum Besitz des § 1007

A.) Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein, unter Wiedergabe und kritischer Würdigung der in der Wissenschaft bestehenden Ansichten den Sinn und die rechtliche Bedeutung des § 1007 klarzustellen. Im wesentlichen wird es hierbei auf eine Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Klagegrundes und der Verteidigungsmittel ankommen. Aber auch die Gesetzesbestimmung als Ganzes in ihrer rechtssystematischen und geschichtlichen Bedeutung will erfaßt sein, sodaß eine rein schematische Behandlung der Bestimmung nach Klagvoraussetzungen und Einwendungen des Beklagten vom wissenschaftlichen Standpunkt nicht nur nicht befriedigend, sondern auch hinsichtlich der zu § 1007 bestehenden Probleme nicht erschöpfend sein würde. Denn gerade die Erfassung der allgemeinen Grundlagen des § 1007 ist es, die besondere Schwierigkeiten bereitet. Von diesen allgemeinen Grundlagen muß jedoch ausgegangen werden. Sie sind der Richtweg, der zu dem Verständnis der gesetzlichen Bestimmung im einzelnen führt.

B.) Im Rahmen der Prüfung der Grundlagen des § 1007 ergibt sich in erster Linie die Frage, welches „Recht" dem „Anspruch" des früheren Besitzers zugrunde liegt. Auf die rechtliche Bedeutsamkeit dieser Frage deutet treffend Henle[1]) hin, indem er eine Parallele zwischen der Bestimmung des § 1007 und den Ansprüchen aus dem Eigentum zieht. Er führt hierzu aus, niemand bezweifele, daß die Ansprüche aus dem Eigentum, insbesondere die Ansprüche aus den §§ 985, 1004, 1005 nicht auf sich selbst beruhten, sondern wirklich aus dem Eigentum stammten. — Das dem Anspruch aus § 1007 zugrunde liegende Recht sei nicht ersichtlich. Der Rückschluß auf ein Mutterrecht aus dem der Anspruch fließe, sei jedoch unausweichlich. „Der Anspruch des § 1007 läßt sich als unmittelbar aus den daselbst bezeichneten Tatbeständen entspringend nicht denken, ebenso wie sich der Anspruch aus § 985 unmittelbar auf Grund der Eigentumserwerbstatbestände ohne den Zwischengedanken des Eigentums nicht denken läßt." — Dieser wesentliche Gedankengang wird nach Ansicht Henles häufig nicht genügend beachtet, was aber seiner Ansicht nach ein schiefes Bild des § 1007 gibt und die richtige Entscheidung gefährdet. Im einzelnen führt er aus, es entspreche der allgemeinen Vernachlässigung des „Rechtes" aus § 1007 zugunsten des „Anspruchs" und dem Zusammenwerfen dieses Rechtes mit dem des § 858 BGB. auf Unterbleiben von Eigenmacht, wenn bei der Darstellung der Tatbestände des § 1007 — unter Ueberspringung der Frage nach den Tatbeständen für Erwerb und Verlust des „Rechtes" — sofort nach den Tatbeständen für Entstehen und Erlöschen des „Anspruchs" gefragt werde. Verschärft werde dieser Uebelstand noch, wenn man die materiellen Tatbestände durch

[1]) Henle, I, 1.

Hereintragung der Beweislastregelung in Klagegrund und Einwendungen auseinanderreiße.[2])

Die Ansicht Henles ist zutreffend. Gerade bei der Prüfung des Anspruchs aus § 1007 darf nicht außer Acht gelassen werden, daß das heutige bürgerliche Recht ein System der subjektiven Rechte darstellt. Aus ihnen fließt der „Anspruch", der mit der Verletzung des Rechtes entsteht und den Verletzer zur Herstellung eines dem „Recht" entsprechenden Zustandes zwingen soll. Der Anspruch dient daher in erster Linie der klagweisen Durchführung des Rechtes. Nebenher hat er die Aufgabe, das Recht, insbesondere seine zweckentsprechende Durchführung, zu begrenzen, indem er der Verjährung unterliegt. Auch wird er vom Gesetzgeber häufig dazu verwandt, das starre Recht näher zu gliedern; so bildet z. B. das Eigentum als einheitliches, in sich geschlossenes Recht die Grundlage einer ganzen Reihe rechtsinhaltlich verschiedener Ansprüche (§§ 985 ff, 1004 I, 1, 1004, I, 2). — Der Anspruch ist demnach nur eine Folgeerscheinung des Rechtes und nicht etwa ein eigenes selbständiges Recht.[3])

C.) Zum Zwecke der Erfassung des § 1007 ist es daher in in erster Linie erforderlich, festzustellen, welches Recht dem Anspruch aus § 1007 zugrunde liegt. Dem stehen nicht unerhebliche Schwierigkeiten entgegen, da der Gesetzgeber ein besonderes den § 1007 begründendes Recht nicht benannt hat. Insofern enthält das Gesetz eine Lücke, die im Wege der Auslegung zu ergänzen ist. Hierzu muß namentlich auf den denkgerechten Zusammenhang des § 1007 zu den übrigen Vorschriften des Gesetzes und der Rechtsordnung (etwa §§ 861, 985) und auf seine geschichtlichen Grundlagen einschließlich seiner Entstehungsgeschichte eingegangen werden. (Logischsystematische und geschichtliche Prüfung).[4])

D.) Ehe zur eingehenderen Untersuchung dieser Fragen unter eigener Stellungnahme geschritten wird, erscheint es angebracht, zunächst die in der Literatur hierzu entwickelten Ansichten näher zu kennzeichnen.

a) Die ältere Lehre[5]) versucht die Gesetzeslücke aus der Rechtsgeschichte und den geschichtlichen Grundlagen des § 1007 allein zu erklären. Sie vertritt die Ansicht, die Klage aus § 1007 sei aus der mittelalterlichen deutschen Gewere hervorgegangen. Unter ihrer Einwirkung sei der römisch-rechtliche Besitzanspruch (interdictum uti possidetis und unde vi) zu petitorischen Ansprüchen aus früherem Besitz erweitert worden. In § 1007 werde der Besitz unter dem alten deutschen Gesichtspunkt des Rechtsscheines behandelt, den das Grundbuch noch heute im Liegenschaftsrecht darstellt. Der Anspruch des früheren Besitzers gegen den gegenwärtigen Besitzer aus § 1007 habe daher — sofern der Besitz auf einem dinglichen Recht beruht habe (Eigentum, Pfandrecht usw.) — keine andere Bedeutung als der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs: Er solle die Offenkundigkeit des dinglichen Rechtes zum Besitz wiederherstellen, berichtigen. Liege dagegen dem Besitz

---

[2]) Henle II, vor 1.
[3]) Vgl. die zutreffenden Ausführungen Lehmann, Allgemeiner Teil § 10 ff.
[4]) Vgl. Lehmann, § 8, II, 3, b.
[5]) Crome § 387, Kretschmar, § 1007, 3, a Gierke, FB S. 50 ff, DPR, § 116.

ein obligatorisches Recht zum Besitz zugrunde, so bilde der Anspruch auf Herausgabe des Besitzes nach § 1007 das Mittel zur Wiederherstellung des Schutzes, den im Immobiliarrecht die Vormerkung gebe; das obligatorische Recht solle durch dingliche Sicherung gefestigt werden.

Folgerichtig kommt die Lehre zu dem Ergebnis, daß der Anspruch aus § 1007 aus keinem eigenen, selbständigen und in sich geschlossenen Recht fließe, daß er vielmehr lediglich den Schutz des jeweiligen dinglichen oder obligatorischen Rechtes zum Besitz bezwecke, und in ihm seinen Rechtsgrund finde. Hierzu führt sie im einzelnen aus: Wenn nun zwar der frühere Besitzer in seiner Klagebegründung nicht aufzuklären verpflichtet sei, welches Recht zum Besitz an der Sache ihm zustehe oder zur Zeit des Besitzes zugestanden habe, so werde doch der eigentliche Streitgegenstand — nämlich die Frage, ob dem Kläger oder dem Beklagten der durch den Besitz vermittelte Rechtsschein zustehe — ohnedies durch die Verweisung auf § 986 in der Bestimmung des § 1007 Abs. 3 in den Rechtsstreit hineingebracht. Im Endergebnis siege, — eben im Hinblick auf die entsprechende Anwendung des § 986 — doch nur der Besserberechtigte, d. h. derjenige, der das alleinige Anrecht auf den Rechtsschein durch Besitz habe. — Namentlich lehnt die Lehre es ab, daß der Besitz als Recht etwa Grundlage des Anspruchs sein könnte.

Dieser Lehre entspricht in etwa auch die von Jung[6]) vertretene Ansicht. Auch er geht von dem Gedanken der Publizitätswirkung des Besitzes aus, indem er den § 1007 insbesondere in unmittelbarem Zusammenhang mit dem § 1006 bringt. Beide Bestimmungen erörtert er in einem gemeinsamen Abschnitt unter der Ueberschrift: „Klagschutz des Eigentums — auf Herausgabe".

Er behandelt zunächst die Vermutung aus dem Besitz des § 1006. Die Vermutung des § 1006 entspreche — so führt er aus — der Vermutung aus dem Grundbuch im Liegenschaftsrecht. Für den Besitzer werde vermutet, daß er Eigentümer sei (§ 1006 Abs. 1). Das gleiche werde vermutet für den mittelbaren Besitzer, (§ 1006 Abs. 3) und für den früheren Besitzer für die Zeit seines früheren Besitzes (§ 1006 Abs. 2). Für den Fremdbesitzer bestehe die Vermutung nicht. — Zu den Erörterungen über § 1007 leitet er dann mit dem Satz über: „Beweist der klagende frühere Besitzer dem jetzigen Besitzer gegenüber, daß dieser beim Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben war, so hat er nun seinen Herausgabeanspruch begründet (§ 1007 Abs. 1)". Den Absatz 2 des § 1007 erklärt er im weiteren mit folgendem Satz: „Beweist der frühere Besitzer, daß ihm die Sache wider Willen abhanden gekommen ist, so fällt die Vermutung für das Eigentum des jetzigen Besitzers weg (§ 1006 Abs. 1, 2). Mit diesem Beweis des unfreiwilligen Besitzverlustes ist der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers auch gegenüber dem gutgläubigen Besitzer begründet."

b) In deutlich gekennzeichnetem Gegensatz zu diesen Ansichten steht die neuere Wissenschaft, namentlich die Lehren Wolffs, Plancks und Henles, die übereinstimmend annehmen, dem Anspruch aus § 1007 liege ein eigenes selbständiges Recht zugrunde, das

[6]) Jung bei Stammler, „Das gesamte Deutsche Recht" § 214 S. 967. 968.

mit dem jeweiligen Recht zum Besitz, auf Grund dessen der frühere Besitzer und Kläger die Sache besessen hatte, nichts gemein habe.

1) Das kommt einmal klar bei Martin Wolff[1]) zum Ausdruck. — Er führt aus:

Der § 1007 schütze den Besitz als solchen und nicht nur als Ausdruck des hinter ihm liegenden Rechtes zum Besitz. Das Tatbestandsmerkmal des Besitzes im § 1007 stelle sich daher nicht nur als die tatsächliche Gewalt über eine Sache (§ 854) sondern darüber hinaus als ein eigenes subjektives Recht dar. Er erscheine nicht als die „Summe der rechtlichen Wirkungen des Besitztatbestandes, sondern als deren Quelle." So wie sich zwischen die eigentumsbegründenden Tatsachen (§ 925 ff.) einerseits und die Befugnisse des Eigentümers (§§ 985 ff., 903 ff.) andererseits „das Eigentum" schiebe, als Folge des Tatbestandes und Quelle der Befugnis, so schalte sich hier zwischen den Tatbestand des Besitzes nach § 854 und die einzelnen Befugnisse des Besitzers der Besitz als deren Mutterrecht. — Das Gesetz habe dieses Mutterrecht nicht benannt; aus dem Wesen des Anspruchs sei jedoch zu schließen, daß es sich um ein „Recht zum Besitz" handele, das den Besitzstand überdaure und den Anspruch in sich trage. „Das Gesetz gibt somit dem früheren Besitzer ein (relatives) Recht zum Besitz. Das Recht stützt sich nicht auf Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zum Besitz oder auf ein Schuldverhältnis, sondern nur auf den gutgläubig erworbenen Besitz selbst."

Kennzeichnend für die Lehre Wolffs ist, daß seiner Ansicht nach sowohl der Anspruch des § 1007 als auch der des § 861 aus dem gleichen, den Besitzstand überdauernden Recht fließen. Nicht die den §§ 1007 und 861 zugrundeliegenden Rechte sind seiner Auffassung nach verschieden, sondern lediglich die Ansprüche in ihrer einzelnen Ausgestaltung und zwar ist nach seiner Ansicht der Unterschied beider Bestimmungen darin zu erblicken, daß gegen die Klage aus § 1007 petitorische Einwendungen zugelassen sind, gegen eine Klage aus § 861 dagegen nicht vorgebracht werden können. — Er hält den § 1007 vom Gesetzgeber für irrtümlicherweise unter die Ansprüche aus dem Eigentum eingeordnet. In seinem Lehrbuch findet sich eine dementsprechende Berichtigung, indem § 1007 unter dem Abschnitt erörtert wird, der die Vorschriften über den Besitz zum Gegenstand hat.

2) Planck[8]) dagegen vertritt eine andere Ansicht, wenn er auch mit Wolff den Gedanken teilt, daß ein selbständiges Recht die Grundlage des § 1007 bilde. Er begründet seine Lehre folgendermaßen:

Der Gesetzgeber habe dem früheren Besitzer zunächst ein „besseres Recht zum Besitz" als jedem anderen späteren Besitzer zuerkannt. Dieses vermutete bessere Recht zum Besitz sei zur Grundlage des Anspruchs aus § 1007 ausgestaltet worden, mit der Maßgabe, daß der frühere Besitzer auf sein Recht zum Besitz, das ihm zur Zeit des Besitzes zugestanden habe oder ihm noch

[7]) Wolff § 3, III, § 23 vor I.
[8]) Planck § 1007, 1; wie er im Ergebnis Cosack-M., § 17, II, 1, 2. Endemann § 46.

gegenwärtig zustehe, zur Begründung seiner Klage nicht zurückgreifen brauche.

Mit dieser Ansicht Plancks deckt sich die Auffassung Oertmanns.[9]) In seinem Aufsatz: „Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit" führt er aus: „Auch der Anspruch aus früherem Besitz steht dem Berechtigten nicht als relativen Eigentümer zu (§ 1007 BGB.). Vielmehr liegt darin ähnlich wie bei dem publizianischen Besitz des römischen Rechtes die Anerkennung eines eigentümlichen, besonderen, dinglichen oder doch absoluten Rechtes. Der Anspruch beruht nicht auf Eigentum, sondern auf einem besonderen, im gewissen Sinne damit konkurrierenden Rechtes des Klägers. Dieses „bessere Recht" ist vom Eigentum ebenso verschieden wie vom gewöhnlichen Besitzrecht."

Daraus ergibt sich, daß sowohl nach Ansicht Oertmanns als auch nach der Ansicht Plancks der Anspruch aus § 1007 aus einem eigenartigen, zwischen dem Besitzrecht (§ 861) und dem Eigentum liegenden Recht fließt, das keineswegs mit dem des § 861 gleichzusetzen sei.[10])

3.) Auch Henle[11]) greift die Lehre Wolffs an, soweit sie ein einheitliches Recht als Grundlage sowohl des Anspruchs aus § 861 als auch des § 1007 annimmt. Er erblickt den Fehler Wolffs darin, daß er die Rechte zugunsten der Ansprüche aus dem Auge verliere. Nicht nur die Ansprüche der §§ 1007 und 861 seien voneinander abweichend ausgestaltet; vielmehr seien auch die den Ansprüchen zugrundeliegenden Rechte verschieden.

In § 861 handele es sich um ein Recht, das von Grund auf einstweilig sei, da es nur den einstweiligen Schutz des Besitzers gegen verbotene Eigenmacht zum Ziele habe. Sowie der Besitzer den Besitz über die Sache verliere, endige sein Recht, von einem anderen das Unterlassen verbotener Eigenmacht zu verlangen. Nur irrtümlich halte Wolff das Recht für ein den Besitzstand überdauerndes. Richtig sei, daß der einmal entstandene Anspruch aus § 861 den Besitzstand überlebe, aber auch nur als Anspruch gegen denjenigen, der dem Besitzer die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen habe.[12])

Dagegen sei das dem § 1007 zugrundeliegende Recht tatsächlich ein den Besitzstand überdauerndes, endgültiges Recht. Die Tatsache, nämlich, daß der aus § 1007 Klagende zu irgend einer Zeit einmal Besitz hatte, begründe seine Klage gegen jeden neuen Besitzer. Die Sache möge von Hand zu Hand gehen; immer wieder entstehe dem früheren Besitzer ein neuer Anspruch aus § 1007, weil sein Recht fortwirke.

Zusammenfassend stellt Henle die Unterschiede in den beiden Rechten wie folgt zusammen:

1.) Der § 861 habe ein einstweiliges Recht zur Grundlage, der § 1007 ein endgültiges.

---

[9]) Oertmann in Jher. Jahrb. Bd. 66, S. 211 ff.

[10]) Oertmann widerspricht dieser seiner Ansicht selbst, wenn er in einer Kritik zu Henles Aufsatz „Das Recht auf Besitz" (JW. 1929 S. 570) die Notwendigkeit eines selbständigen, dem § 1007 zugrundeliegenden Rechtes leugnet, vielmehr das Recht des § 1007 und das Besitzrecht des § 861 für gleichartig erklärt und behandelt wissen will.

[11]) Henle I, 3.

[12]) So auch offenbar Oertmann in Jher.Jahrb. Bd. 66 S. 213.

2.) Der § 861 beruhe auf dem Verbot, verbotene Eigenmacht zu begehen; dagegen verbiete § 1007 jede Einwirkung auf den Besitz grundsätzlich, sei es, daß sie durch Entziehung oder durch Vorenthaltung der Herrschaft über die Sache begangen werde;

3.) Der Anspruch aus § 861 stehe jedem früheren Besitzer, auch dem bösgläubigen, dem Dieb zu; der Anspruch aus § 1007 dagegen setze gutgläubigen Besitzerwerb voraus, was bedeute, daß dem Dieb das dem § 1007 zugrundeliegende Recht nicht schützend zur Seite stehe. —

An die Kritik zur Lehre Wolffs anknüpfend entwickelt Henle seine eigene Ansicht, die auf fast den gleichen Gedankengängen wie die bereits vor 25 Jahren von Landsberg in seinem Lehrbuch[13]) vertretene beruht.

Dem § 1007 liege — so führt er aus — ein eigenes Recht zugrunde; es handele sich um ein Sachenrecht, das auf dem Verbot beruhe, dem Besitzer den Besitz zu entziehen. Das Recht sei ein absolutes Recht; fälschlicherweise bezeichne es Wolff als ein relatives. Wohl sei der Anspruch wesensnotwendig relativ, das Recht sei jedoch absolut. Als dinglich absolutes Vollrecht sei es dem Eigentum nahe verwandt. Allerdings bleibe es seinem Inhalte nach hinter diesem allumfassenden Vollrecht zurück. So fehle das Verbot der Beeinträchtigung des Gebrauches der Sache ohne Entziehung des Besitzes, und es fehle das im Abholungsanspruch sich verbergende Verbot einer auch nur mittelbaren Vorenthaltung des Besitzes. Es fehle schließlich das Verbot der Beeinträchtigung des nichtbesitzenden Berechtigten.

Gerade das Verhältnis zwischen dem Eigentum einerseits und dem Recht des § 1007 andererseits macht Henle zum Gegenstand eingehender Prüfung:[14]) Das Recht aus § 1007 und das Eigentum seien zwei Vollrechte, aus denen ein gleichlautender und gleichgerichteter Anspruch (§§ 985, 1007) fließe, nämlich der auf Herausgabe der Sache. Da die beiden Rechte verschiedenen Personen zustehen könnten, könne es zu einer Konkurrenz der Rechte gegeneinander kommen; diese sei nur in dem Sinne zu lösen, daß das unvollkommenere Vollrecht des § 1007 dem allumfassenden Recht des Eigentümers zu weichen habe. Dabei handele es sich um ein anderes Zurücktreten als etwa das des Eigentums hinter seine Belastungen (Miete, Notstand usw.). Es sei vielmehr ein Zurückweichen, das „grundsätzlich wesensnotwendig" sei, weil „zwei gleichgerichtete Vollrechte nicht ohne Widersinn nebeneinander bestehen können." — Henle kommt somit zu dem Ergebnis, daß das Recht des § 1007 zwar ein absolutes Recht sei, dem Eigentümer gegenüber jedoch eine relative Seite habe. Er bezeichnet es daher, als ein relativ-absolutes Recht. Ausdruck dieser Relativität ist seiner Ansicht nach die Bestimmung des § 1007 Abs. 2 Satz 2: „Es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist".

Folgerichtigerweise kommt Henle in seinen weiteren Untersuchungen auf die Frage zu sprechen, wie dieses Recht erworben werde und wie es verloren gehe.[15]) Zum Vergleich zieht er die

---

[13]) Landsberg, § 186.
[14]) Henle I, 4; I, 2; IV, 1.
[15]) Henle II.

Vorschriften über das Eigentum heran: Der § 1007 sei nicht nur ein Gegenstück zu § 985, auch nicht nur zu §§ 985 und 1006, auch nicht nur zu §§ 985, 1006, 903, sondern zu all diesen Bestimmungen einschließlich der §§ 929 ff. Der § 1007 enthalte somit nicht nur den „Anspruch" aus dem „Recht auf Besitz", sondern sowohl den Inhalt als auch die Entstehungstatbestände dieses Rechtes. Der Gesetzgeber habe dies alles in einer Bestimmung zusammengedrängt.

4.) Vergleicht man die Lehren Wolffs, Plancks, Oertmanns und Henles miteinander, so stimmen sie sachlich insofern überein, als nach ihrer Auffassung dem Anspruch aus § 1007 ein selbständiges Recht zum Besitz zugrundeliegt (Wolff: Recht zum Besitz aus Besitz; Planck: Besseres Recht zum Besitz; Henle: Recht auf Besitz.). Die Angriffe von Seiten Plancks und Henles gegen die Lehre Wolffs richten sich daher auch nur gegen seine Ansicht, daß das gleiche Recht dem Anspruch aus § 861 zugrunde liege, daß auch dieses Recht ein den Besitzstand überdauerndes sei.

E.) Zum Streit der im vorhergehenden wiedergegebenen Ansichten sei in folgendem Stellung genommen:

a) Es läßt sich nicht ohne weiteres feststellen, welcher der dargestellten Ansichten beizutreten ist. Vielmehr bedarf es einer eingehenden Prüfung der in Frage kommenden Gesichtspunkte. Faßt man die Beziehungen des § 1007 zu anderen Gesetzesbestimmungen ins Auge, so ergibt sich folgendes: Der Gesetzgeber ordnet den Anspruch des früheren Besitzers auf Herausgabe der Sache gemäß § 1007 unter die Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentum ein. Da ohne Zweifel der Anspruch nicht aus dem Eigentum fließt,[16]) ist diese systematische Einordnung um so auffälliger, als er offenbar mit größerem Recht unter die Besitzschutzansprüche einzufügen gewesen wäre.[17]) Man könnte sich nunmehr — um diese gesetzes-systematische Frage zu klären, auf den Standpunkt Wolffs stellen und annehmen, dem Gesetzgeber sei ein Irrtum bei Einordnung des § 1007 unterlaufen. Diese Ansicht findet jedoch nur dann eine wissenschaftliche Rechtfertigung, wenn sich auch nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür ergeben, aus welchem Grunde der Gesetzgeber die fragliche Bestimmung gerade unter die Ansprüche aus dem Eigentum eingesetzt hat. Die Lehre Wolffs darf nur die allerletzte Lösung des Problems sein, zumal da sie dem Gesetzgeber den nicht unerheblichen Vorwurf schlechter Gesetzgebertätigkeit macht. Man wird daher vornehmlich die Beziehungen aufzudecken haben, die zwischen dem Anspruch aus § 1007 und den Eigentumsansprüchen bestehen — ein Problem, das Wolff gänzlich umgeht, indem er lediglich die Beziehungen zwischen § 1007 und den Besitzschutzansprüchen (§ 861) verfolgt. —

Ein Anhaltspunkt zur dahingehenden Erfassung des § 1007 könnten seine Beziehungen zu § 1006, der Eigentumsvermutung, geben. Hierauf greift namentlich Jung[18]) zurück. — In der Tat scheint es zunächst als ob § 1007 nicht mehr als eine weitere Aus-

[16]) Vgl. auch Henle I, 1.
[17]) So Wolff § 23.
[18]) Jung a.a.O., vgl. oben S. 4.

gestaltung des § 1006 mit der Maßgabe darstelle, daß auf die Vermutung des § 1006 der Anspruch des § 1007 aufgebaut sei. Hierauf deutet folgendes:

§ 1006 vermutet, daß der Besitzer Eigentümer der besessenen Sache sei. Diese Vermutung besteht über den Besitzstand hinaus, da Gegenstand der Vermutung der Erwerbstatbestand des Eigentums ist; dem späteren Besitzer liegt es ob, diese Vermutung durch den Nachweis zu entkräften, daß der Besitzer entweder nie Eigentümer gewesen war (so wenn er beim Besitzerwerb bösgläubig war, oder im Falle des früheren Verlustes der Sache durch den gegenwärtigen Besitzer entsprechend § 1006 Abs. 1 Satz 2) oder sein Eigentum wieder verloren hat (etwa durch Dereliction oder durch den Eigentumserwerb einer anderen Person).

Entsprechendes bestimmt § 1007, indem er dem früheren Besitzer den Herausgabeanspruch gegen den gegenwärtigen Besitzer gewährt[19]) es sei denn, daß dieser unter anderem nachweist, daß der Kläger entweder

1.) bösgläubig bei Besitzerwerb war,

2.) er selber die Sache noch vor der Besitzzeit des Klägers verloren hat,

3.) oder er selber Eigentümer der Sache geworden sei.

Diese Einwendungstatsachen sind für den § 1007 anspruchsvernichtend, so wie sie für den § 1006 die Vermutung zerstören.

Diese bedeutungsvollen Parallelen zwischen § 1006 und § 1007 sind jedoch nicht allein geeignet, den Kern der hier gestellten Frage — nämlich der nach dem der Bestimmung des § 1007 zugrundeliegenden Recht — völlig aufzuklären. Es bestehen nämlich auch eine ganze Reihe Unterschiede zwischen der Vermutung aus Besitz und dem Tatbestand des § 1007. Die Unterschiede beruhen grundlegend darauf, daß die Vermutung aus § 1006 Eigenbesitz voraussetzt, während der Anspruch aus § 1007 auch dem nur Fremdbesitzenden zusteht. Hieraus ergibt sich die Tatsache, daß gegebenenfalls die Vermutung aus § 1006 dem früheren Besitzer nicht zusteht, und doch sein Anspruch aus § 1007 begründet ist: Beruft sich ein früherer Besitzer auf eine Vermutung gemäß § 1006, so kann er sich jeder Angabe über den Rechtsgrund seines Besitzes enthalten; macht er aber eine dahingehende Angabe, so kann es nur die sein, daß er als Eigentümer besessen habe. „Denn durch jede andere Behauptung würde das Bestehen eines mittelbaren Besitzes dargetan werden, sodaß die Vermutung nur für den mittelbaren Besitzer spricht (§ 1006 Abs. 3)".[20]) — Demgegenüber steht der Anspruch aus § 1007 jedwedem früheren Besitzer zu, mag er Eigentümer oder Mieter der in der Klage begehrten Sache gewesen sein. Ja selbst wenn ihm nie ein Recht zum Besitz zugestanden und er ein solches nur gutgläubig angenommen haben sollte, so ist doch sein Anspruch begründet. Denn der Anspruch aus § 1007 setzt nicht einmal ein tatsächlich bestehendes Recht voraus; es wird auch der nur „gutgläubige" Besitzer geschützt.

---

19) Die Tatsache, daß der Anspruch den Besitzstand des Klägers überdauert, könnte hierbei dem entsprechen, daß auch die Eigentumsvermutung aus § 1006 nicht an die Dauer des Besitzes gebunden ist; vermutet wird der Rechtserwerb.

20) Planck § 1007, 3a, Jung S. 967, RG Bd. 63 S. 405 ff.

b) Lediglich aus der Einordnung des § 1007 im Rahmen des Rechtssystems lassen sich daher keine hinreichenden Gesichtspunkte zur Klärung der Frage nach dem, dem Anspruch zugrundeliegenden Recht entnehmen. Vielmehr bedarf es in Behandlung der Frage einer weitgehenden Mitberücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 1007 und namentlich der gesetzgeberischen Motive. Diese sind festgehalten in der Begründung, die der für die Schaffung des § 1007 maßgebende Kommissionsbeschluß erhielt.

Mugdan[21]) gibt sie auszugsweise wieder:

> „Für einen lediglich auf den Eigenbesitzer beschränkten publizianischen Anspruch, wie ihn der Entwurf und die Anträge zu 1 und 4 gewähren wollten, bestehe neben der im vorstehenden behandelten Eigentumsvermutung kein Bedürfnis mehr. Der Anspruch solle auch dem Mieter, dem Finder usw. zustehen. Dieser verallgemeinerte Anspruch entspreche einem vorhandenen Bedürfnis. Er werde weder durch die beschlossene Eigentumsvermutung noch durch die dem Besitzer zustehenden Ansprüche aus dem Besitz, der Bereicherung und der unerlaubten Handlung entbehrlich."

Daraus ergibt sich: Dem Gesetzgeber hatten ein Entwurf und Anträge vorgelegen, die die Einführung der römisch-rechtlichen actio publiciana in das Recht des BGB. vorsahen. — Diese actio gewährte im römischen Recht dem Ersitzungsbesitzer gegen Entziehung oder Störung seines Besitzes ein Klagerecht, das auf der Fiktion vollendeter Ersitzung beruhte. — Für die Einordnung einer solchen Klage in das bürgerliche Recht bestand in der Tat kein Bedürfnis, da § 985 in Verbindung mit § 1006 dem gutgläubigen Eigenbesitzer hinreichenden Klagschutz gewährte. Nicht erfaßt durch diesen Schutz der genannten Bestimmungen wurden jedoch die große Zahl gutgläubiger Fremdbesitzer. Gerade sie sollte der § 1007 schützen. Dieses war der vom Gesetzgeber bei Schaffung der fraglichen Bestimmung verfolgte Zweck.

Ob der Gesetzgeber bei Erweiterung der römischen actio publiciana nun bewußt deutsch-rechtliches Gedankengut verwertet hat, ob er namentlich und ausschließlich den § 1007 zum Schutze des hinter dem Besitz liegenden Rechtes zum Besitz schuf,[22]) muß bezweifelt werden. Denn der Gesetzgeber spricht lediglich davon, daß die Erweiterung der actio publiciana auf den nur obligatorisch Berechtigten „einem allgemeinen Bedürfnis" entspreche. Das bedeutet, daß die Bestimmung aus einer reinen Zweckmäßigkeitserwägung und keiner geschichtlich begründeten Rechtsauffassung hervorging. Die Ansicht, die den § 1007 als eine Nachbildung der deutsch-rechtlichen Fahrnisklage anzusehen geneigt ist, findet demnach in den Motiven keine Stütze. Vielmehr geht klar aus dem Beschluß hervor, daß der Gesetzgeber zum Ausgangspunkt die römische actio publiciana wählte.

Aus den rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Bestimmung und vor allem aus den Motiven zu § 1007 ergibt sich somit folgendes: Der § 1007 ist aus der actio publiciana hervorgegangen, deren

---

[21]) Mugdan S. 696 ff.

[22]) Vgl. die oben S. 3, D, a wiedergegebene Lehre.

Grundlage das fingierte Eigentum bildete. Ein dem fingierten Eigentum entsprechendes Recht muß daher auch Grundlage des § 1007 sein und zwar muß es sich um ein einheitliches dingliches, absolutes Recht handeln, da es einen dinglichen Anspruch zur Entstehung kommen läßt. Es ist nicht angängig, das jeweils dem früheren Besitz zugrundeliegende Recht als Anspruchsgrundlage anzusehen,[23]) zumal da der Anspruch garnicht ein solches Recht zum Besitz voraussetzt, sondern auch derjenige frühere Besitzer anspruchsberechtigt ist, der gutgläubig ein Recht zum Besitz für sich in Anspruch nahm.[24])

Aus den gesetzgeberischen Motiven läßt sich weiterhin folgendes entnehmen: Der Gesetzgeber ging bei Schaffung des § 1007 von der Erwägung aus, daß der frühere Besitzer, sei er auch nur Mieter oder Finder der Sache und als solcher zu ihrem Besitz berechtigt, gegenüber dem späteren Besitzer das bessere Recht zum Besitz habe. Diese Erwägung entspricht der gesetzlichen Fiktion des durch Ersitzung eingetretenen Eigentumserwerbes bei der actio publiciana.

Auf einer solchen Vermutung des besseren Rechtes zum Besitz beruht der § 1007. Diese Grundlage ist es nunmehr auch, die den Zusammenhang zwischen § 1006 und § 1007 erklärt. Beide Bestimmungen enthalten nämlich als Kern und Grundgedanken eine „Vermutung aus Besitz", und zwar: § 1006 die Vermutung, daß der Besitzer Eigentümer der besessenen Sache sei, dagegen § 1007 die Vermutung, daß der frühere Besitzer, gleichgültig auf Grund welches dinglichen oder obligatorischen Rechtes er die Sache besessen hat, ein besseres Recht zum Besitz habe als der spätere Besitzer.

Der § 1006 enthält die Eigentumsvermutung, der § 1007 die Vermutung des „besseren Rechtes zum Besitz."

Während nun die Eigentumsvermutung des § 1006 ihre entsprechende klagmäßige Ausgestaltung in § 985 hatte, fehlte eine solche vor Schaffung des § 1007 für die Vermutung des besseren Rechtes zum Besitz. Um auch dieser Vermutung zu einer Klage auszugestalten — wofür ein Bedürfnis bestand — schuf der Gesetzgeber den § 1007. Der § 1007 reiht sich daher in systematisch zutreffender Weise an § 985 ff, § 1006 an als ein der actio publiciana aufs nächste verwandter Anspruch.

2.) Was endlich das Recht des § 1007 im einzelnen betrifft, so können die gesetzgeberischen Motive nur so gedeutet werden, daß der Gesetzgeber, jedem Besitzer — eben aus einer Vermutung besseren Rechtes zum Besitz heraus — ein hilfsweise, gegen jeden späteren Besitzer wirkendes absolutes „Recht zum Besitz" zuerkannt hat, das mit seinem Recht, auf Grund dessen er die Sache besaß (Pfandrecht, Miete, Fund usw.), nichts zu tun hat.

Dieses Recht ist vom Gesetzgeber nicht näher gekennzeichnet worden. Er hat es übergangen und lediglich den aus ihm fließenden Anspruch im Gesetz festgelegt. Die Folge hiervon war, daß die geschaffene Bestimmung nicht geringe Auslegungsschwierigkeiten macht, da ihr eigentlicher Wesenskern nicht klar zum Aus-

---

[23]) Vgl. oben S. 3 f. unter D, a; wie hier Henle I, 4.
[24]) Vgl. oben S. 9.

druck kommt. Der Anspruch hängt so gleichsam in der Luft; er entbehrt der festen systematischen Grundlage.

So konnte Wolff zu der Ansicht kommen, daß § 1007 lediglich eine dem § 861 in seinen Grundlagen verwandte Besitzschutzbestimmung sei. Seine Ansicht muß nach dem Vorausgehenden abgelehnt werden. Zwar muß zugegeben werden, daß sowohl das unbenannte Recht des § 1007 und das dem § 861 zugrundeliegende sogenannte Besitzrecht insofern Aehnlichkeit haben, als sie grundsätzlich unabhängig sind von dem Recht, auf Grund dessen der frühere Besitzer und Kläger die Sache besessen hat. Das Besitzrecht steht jedoch jedem Besitzer, auch dem bösgläubigen, zu, während das Recht des § 1007 nur den gutgläubigen schützen soll (§ 1007 Abs. 3 Satz 1). — Ferner ist das Besitzrecht vom Besitzstand der tatsächlichen Gewalt über die Sache abhängig. Verläßt die Sache die Herrschaftsgewalt des Besitzherrn, so erlischt das Besitzrecht und läßt nur dann einen Anspruch entstehen, wenn der nachfolgende Besitzer sich durch verbotene Eigenmacht den Besitz verschafft hat. Es ist geradezu falsch, wenn Wolff das Besitzrecht als ein den Besitzstand überdauerndes Recht bezeichnet;[25]) nicht das Recht überdauert den Besitzstand, sondern allenfalls der aus ihm fließende Anspruch. Anders dagegen das Recht des § 1007. Es besteht über den Besitzstand hinaus und gewinnt gerade im Falle der Besitzbeendigung seine Bedeutung, indem es gegen den späteren Besitzer — die Sache mag von Hand zu Hand gehen — den Herausgabeanspruch begründet.

Schon die Sprache des Gesetzes deutet auf diesen Unterschied zwischen den Rechten der §§ 861 und 1007 hin, indem im § 861 gesagt ist: „Wird der Besitz . . . dem Besitzer entzogen, so kann dieser . . .“ d. h. mit anderen Worten: Der Besitzer kann . . ., dagegen sagt § 1007: „Wer eine bewegliche Sache im Besitz gehabt hat, kann verlangen . . .“; d. h. der frühere Besitzer kann . . .

Danach läßt sich zusammenfassend feststellen: Das Besitzrecht des § 861 ist ein einstweiliges Recht des Besitzers, dagegen das Recht des § 1007 ein dauerndes Recht des früheren Besitzers. Das „Recht des Besitzers“, das Besitzrecht, ist ein zeitlich eng begrenztes Recht; dafür hat es aber einmal eine besonders durchschlagende Wirkung, indem der aus ihm fließende Anspruch gegen jeden, selbst gegen den Eigentümer der Sache durchschlägt, ferner aber auch weitgefaßte Entstehungsvoraussetzungen, denn selbst der bösgläubige Besitzer erwirbt es mit Besitzerwerb. Anders dagegen das „Recht des früheren Besitzers“, das Recht des § 1007. Es ist einerseits hinsichtlich seiner Wirkungsdauer unbegrenzt, d. h., es dauert grundsätzlich fort, selbst wenn das Besitzverhältnis des Berechtigten zur Sache endigt; dafür ist es aber andererseits in seiner Wirkungskraft und den Entstehungsvoraussetzungen beschränkt, denn es versagt gegen den zum Besitz berechtigten Besitzer und bedarf zu seiner Entstehung mindestens des guten Glaubens des Besitzerwerbers.

Die hier vertretene Ansicht, nach der die Rechte der §§ 861 und 1007 verschieden sind, wird vornehmlich auch durch die Motive des Gesetzgebers gerechtfertigt. In den Motiven[26]) ist ausdrück-

[25]) Vgl. Wolff § 3, III.

[26]) Vgl. oben S. 9 und Mugdan S. 696 ff.

lich betont, daß der Anspruch aus § 861 den aus § 1007 nicht als überflüssig erscheinen lasse. Dies wäre aber der Fall gewesen, wenn der Anspruch aus § 1007 aus dem gleichen Recht wie der des § 861 fließen würde, und nur die Ansprüche im einzelnen verschieden ausgestaltet wären. Denn in Anbetracht der durchschlagenden Wirkung des Anspruchs aus § 861 hätte sich in der Tat der viel schwächere und durch zahlreiche den Beklagten zu Gebote stehenden Einwendungen beschränkte Anspruch des § 1007, der ja die gleichen Ziele wie der Anspruch des § 861 verfolgt, erübrigt. —

Das unbenannte Recht des § 1007 kann daher nicht zu dem Besitzrecht, sondern nur zu dem Eigentum in Beziehung gebracht werden, was sowohl den geschichtlichen Grundlagen des § 1007 (actio publiciana) als auch seiner gesetzessystematischen Einordnung unter die Ansprüche aus dem Eigentum entspricht. Und zwar handelt es sich um ein dem Eigentum in seiner absoluten dinglichen Wirkung verwandtes Vollrecht mit dem Inhalt, zum Besitz zu berechtigen, und ordnet sich, eben wegen dieses seines Rechtsinhaltes, unter die „Rechte zum Besitz" ein.

Das unbenannte Recht wirkt dinglich gegen jeden. Der Ansicht Henles, es sei gegenüber dem Eigentümer relativ,[27]) kann m. E. nicht beigetreten werden. Die Kennzeichnung des Rechtes als „relativ-absolutes Recht" grenzt an eine Ueberkonstruktion. Zutreffend erscheint vielmehr, daß das, was Henle als Relativität des Rechtes gegenüber dem Eigentum empfindet, nichts anderes als ein Versagen des Anspruchs aus dem Recht gegenüber dem stärker berechtigten Eigentümer darstellt, so wie er ja auch — auf Grund der Verweisung in § 1007 Abs. 3 auf § 986 — gegenüber dem obligatorisch stärker Berechtigten nicht durchzudringen vermag. Im einzelnen soll die Frage unter dem Abschnitt Behandlung finden, der die Verweisung in § 1007 Abs. 3 auf § 986 zum Gegenstand hat.

III. Die Entstehungsvoraussetzungen des Rechtes.

A.) Wie jedes Recht, so muß auch das unbenannte Recht des § 1007 seine Entstehungs- und Endigungstatbestände haben.[1]) Sie müssen, da ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen fehlen, im Wege der Auslegung der in § 1007 enthaltenen einzelnen Anspruchsvoraussetzungen ermittelt werden, indem zu prüfen ist, welche der dort benannten Tatbestandsmerkmale sich nur auf den Anspruch beziehen können und welche in Wirklichkeit für das unbenannte Recht kennzeichnend sind.

Da das Recht des § 1007 ein Recht des „Besitzers" und der Anspruch ein solcher des früheren Besitzers ist, so ist die Entstehung des Rechtes einmal an die Voraussetzung des Besitzerwerbes gebunden. — Darüber hinaus ist jedoch erforderlich, daß der Besitzer bei Besitzerwerb im guten Glauben ist. Dieses Tatbestandsmerkmal hat der Gesetzgeber in § 1007 Abs. 3 Satz 1 als Einwand des Beklagten gegen den Anspruch gekennzeichnet; die

[27]) Vgl. oben S. 7.
[1]) Vgl. Henle II.

Bestimmung kann jedoch nur auf das dem Anspruch zugrundeliegende Recht bezogen werden; denn „Besitzerwerb im guten Glauben" erscheint als einheitlicher, rechtsbegründender Akt.[2]) — Diese Ansicht steht nicht mit der Tatsache im Widerspruch, daß böser Glaube, dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend, einen Einwand des Beklagten begründet. Denn da der gute Glaube im Rechtssystem grundsätzlich vermutet wird, rechtfertigt sich die vom Gesetzgeber getroffene Beweislastregelung, nach der dem Beklagten die Beweislast für den bösen Glauben des Klägers auferlegt ist: Der gute Glaube bei Besitzerwerb wird vermutet; folglich ist es Sache des Beklagten darzulegen, daß und aus welchem Grunde der Kläger bei Besitzerwerb etwa bösglaubig gewesen ist. —

B.) Im einzelnen ist zu dem Tatbestandsmerkmal für die Entstehung des Rechtes, des Besitzerwerbes und des guten Glaubens, folgendes zu sagen:

a) Besitz:

Gemäß § 854 I stellt sich der Besitz als die tatsächliche Gewalt einer Person über die Sache dar. Der tatsächlichen Gewalt ist in § 866 I die rechtliche Gewalt über die Sache gleichgesetzt: auch der mittelbare Besitzer ist „Besitzer" im Rechtssinne.

Das Recht auf Besitz steht daher nicht nur jedem Besitzer im Sinne des § 854 I (auch Teilbesitzer) zu, sondern auch dem mittelbaren Besitzer[3]) (dagegen nicht dem Besitzdiener des § 855, der im Gesetz nicht als Besitzer anerkannt ist.) Demnach ist auch derjenige, der niemals unmittelbaren Besitz an der Sache gehabt hat, vielmehr nur als mittelbarer Besitzer jemals berechtigt gewesen ist, gegebenenfalls anspruchsberechtigt.

b) Der Begriff des guten Glaubens in § 1007:

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff des guten Glaubens an zahlreichen Stellen des Gesetzes, namentlich im Fahrnisrecht — dem die Bestimmung des § 1007 angehört — in den §§ 932/935, 937, 990, 1006. Er hat es aber unterlassen, für sämtliche Bestimmungen eine Definition des guten Glaubens mit allgemein gültiger Bedeutung zu geben, vielmehr hat er sich darauf beschränkt, in § 932 Abs. 2 zu sagen, wann im Rahmen gerade dieser Bestimmung der Erwerber einer Sache gut- bzw. bösgläubig sei. Im übrigen hat er es der Wissenschaft und Praxis überlassen, den Inhalt des guten Glaubens für die einzelnen Gutglaubensbestimmungen besonders festzulegen.

Da somit nicht ohne weiteres ersichtlich ist, was unter dem „guten Glauben" innerhalb der Bestimmung des § 1007 zu verstehen ist, erscheint eine eingehende Stellungnahme zu dieser Frage als erforderlich.

1) Der gute Glaube läßt sich ganz allgemein dahingehend kennzeichnen, daß er den entschuldbaren Irrtum über die aus einem äußeren Sachverhalt gefolgerte Rechtslage darstellt. Diesem entschuldbaren Irrtum wird vom Gesetzgeber in Einzelfällen im In-

[2]) Vgl. Henle III, vor 1.

[3]) Biermann 1, Planck 2 a α, Wolff I, RG. Kom. 1 Staudinger I, 1; Crome IV u. III, 1, b; Warneyer I; Kretschmar 1, 2, a; Endemann § 46 3, a; Neumann S. 13 ff.; Gierke FB, S. 50, DPR, § 116 S. 261.

teresse der Verkehrssicherheit und einer gesunden Regelung der Lebensverhältnisse dadurch Rechtsschutz gewährt, daß die Rechtslage nicht nach dem wirklichen, sondern dem irrtümlich, aber entschuldbar irrtümlich angenommenen falschen Sachverhalt beurteilt wird.

Diesem Irrtum, der auf einem Vertrauen auf äußeren Schein beruht, wird ein Rechtsschutz gewährt. Ein solcher Vertrauensschutz war bereits dem mittelalterlichen Deutschen Recht bekannt. Von hier ist er in das bürgerliche Recht übernommen und gleichzeitig erheblich ausgebaut und verallgemeinert worden.

Diese Verallgemeinerung ist jedoch in gewissen Grenzen geblieben. Nicht jedes Vertrauen wird geschützt, sondern nur dasjenige, das sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis — vornehmlich das Eigentum — bezieht. Ferner ist Voraussetzung für den Vertrauensschutz, daß der Irrtum sich nicht als ein leichtfertiger darstellt, d. h. entschuldbar ist, weshalb eine bestimmte äußere Tatsachenlage gefordert wird, durch die jener Irrtum hervorgerufen wurde.

Diese Leitgedanken haben in den einzelnen Gutglaubensbestimmungen des Gesetzes ihren Ausdruck gefunden; und zwar ist in völliger Uebereinstimmung mit dem germanischen Recht der § 932 geschaffen worden. Hier richtet sich das Vertrauen, der gute Glaube, auf das Eigentum des Veräußerers, wie § 932 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt: „Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört". — Hervorzuheben ist hierbei, daß das Vertrauen sich auf die als Eigentum gekennzeichnete Rechtsbeziehung einer fremden Person zur Sache beziehen muß — nicht etwa darauf, ob das Eigentum in eigener Person des Vertrauenden entstanden ist. Zu beachten ist ferner, daß das Vertrauen sich nur auf das Eigentum bezieht und nicht etwa auf eine sonstige Berechtigung zur Sache oder Verfügungsbefugnis des Veräußerers.

Eine anderweitige Ausgestaltung des Gutglaubensschutzes enthält der § 937 Abs. 2 BGB., in dem bestimmt ist: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben ist." Wollte man der im § 932 Abs. 2 gegebenen Definition des guten Glaubens Allgemeingültigkeit zusprechen und sie auf den Tatbestand des § 937 Abs. 2 anwenden, so wäre hier ein Mangel des guten Glaubens nur dann vorhanden, wenn dem Besitzer bei Fahrlässigkeit unbekannt gewesen wäre, daß derjenige, von dem der Ersitzende den Besitz übertragen erhielt, nicht Eigentümer sei. Die Vorschrift des § 937 II würde also nur die Fälle treffen, in denen der Ersitzende den Besitz auf Grund einer Veräußerung durch den Nichteigentümer erlangt hatte. Da aber der § 937 Abs. 1 nicht nur die Ersitzung auf Grund rechtsgeschäftlicher Besitzübertragung erfaßt, vielmehr alle die Fälle des Besitzerwerbes — gleichviel aus welchem Grunde und auf Grund welcher Umstände (z. B. Occupation) in sich schließt, so würde für eine ganze Anzahl Fälle eine die Ersitzung mit Rücksicht auf den bösen Glauben des Besitzers ausschließende Vorschrift fehlen.

Die Absicht des Gesetzgebers ging jedoch dahin, die Bestimmung des § 937 II auch auf diese Fälle zu erstrecken; das geht

aus dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurf des BGB. hervor (Entwurf I, § 881 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 886). Nach ihm war der Mangel des guten Glaubens ausdrücklich dann anzunehmen, wenn dem Besitzer bei Erwerb des Besitzes bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war, daß er das Eigentum nicht erworben habe. Diese besondere Bestimmung des Entwurfes ist zwar später weggelassen worden, wodurch aber keineswegs eine Beschränkung des Gutglaubensbegriffs getroffen werden sollte. Vielmehr ist der § 937 II auch noch in seiner heutigen Fassung in dem durch den Entwurf gekennzeichneten weiteren Sinne auszulegen. Danach ist nach § 937 Abs. 2 nicht nur derjenige bösgläubig, der wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war, sondern ganz allgemein derjenige, der weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er selber bei Besitzerlangung nicht Eigentümer geworden ist, mit anderen Worten, daß er die Sache nicht als Eigenbesitzer besitzt. — In § 937 Abs. 2 richtet sich das Vertrauen demnach nicht auf die Rechtsbeziehungen eines anderen zur Sache, sondern auf die der eigenen Person zu dem besessenen Gegenstand.

Eine noch weitgreifendere Verallgemeinerung des Gutglaubensschutzes enthält § 990, der in der maßgebenden Bestimmung lautet: „War der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987, 989."

Während der gute Glaube im § 937 Abs. 2 erforderte, daß der Besitzer bei Erwerb des „Eigenbesitzes" nicht sein Nichtrecht kannte, spricht § 990 Abs. 1 nur von dem guten Glauben bei Erwerb des „Besitzes". Hieraus ergibt sich, daß, während sich der gute Glaube in § 937 Abs. 2 auf das Recht des Eigenbesitzers, das Eigentum bezieht, sich der gute Glaube in § 990 Abs. 1 nunmehr auf ein allgemeines Recht des Besitzers, auf jedes beliebige Recht zum Besitz (Pfandrecht, Mietrecht usw.) richten kann, um die Haftung nach den §§ 987, 989 auszuschließen. Im Rahmen des § 990 Abs. 1 ist daher derjenige bösgläubig, der bei Erwerb des Besitzes wußte, oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß er zum Besitz nicht berechtigt sei.

In wörtlicher Uebereinstimmung mit § 990 Abs. 1 bestimmt § 1007 Abs. 3, daß der Anspruch ausgeschlossen sei, wenn der frühere Besitzer" bei dem Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben war." Die Zielrichtung des guten Glaubens ist daher in beiden Bestimmungen als die gleiche anzusehen. Auch im Rahmen des § 1007 kommt es nicht darauf an, daß der Besitzerwerber bei Erwerb des Besitzes an das Eigentum des Veräußerers (§ 932) oder sein eigenes Eigentum (§ 937) glaubte, vielmehr ist maßgebend, daß er annahm, zum Besitz der Sache — gleichviel aus welchem Rechtsgrund — berechtigt zu sein. So wird sein Vertrauen abweichend von § 932 auch dann geschützt, wenn er sich über die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers oder etwa die Nichtdereliction der in Besitz genommenen Sache in einem entschuldbaren Irrtum befand.[4])

[4]) RGKom. § 1007, 3. Wolff § 23, I, 1 Abs. 2; Planck § 990 2 a β. Wolff § 85 Anm. 2: „Wenn das Gesetz demnach in Anknüpfung an die Begriffsbestimmung des § 932 davon spricht, daß der Besitzer nicht in „gutem Glauben" war, so ist diese Ausdrucksweise ebenso ungenau, wie in § 937 Abs. 2."

2) Wie bereits oben hervorgehoben, muß der Irrtum entschuldbar sein, wenn dem Vertrauen ein Schutz zugebilligt werden kann; das Interesse der Verkehrssicherheit — auf dem die Gutglaubensbestimmungen beruhen — erfordert es keineswegs, daß jeder beliebig gestaltete Irrtum und jedes leichtgläubige Vertrauen geschützt werde. Es ist vielmehr eine Grenze dieses Schutzes erforderlich, über die hinaus jeder die Folgen seines Irrtums selber zu tragen hat.

Eine solche Grenzziehung wird von der allgemeinen Frage ausgehen, ob nach den gegebenen Umständen von dem Irrenden eine der Wirklichkeit entsprechende Kenntnis der Sachlage verlangt werden konnte. Da diese Frage nur unter Berücksichtigung der tatsächlichen Einzelverhältnisse entschieden werden kann, hat der Gesetzgeber die Grenze des Gutglaubensschutzes nicht in Gestalt einer starren Norm gezogen, sondern sich darauf beschränkt, bewegliche Bestimmungen zu geben, die ihrem Inhalte nach zudem im Rahmen der Rechtsgruppen des Rechtssystems — des Rechtes des Schuldverhältnisses, des Mobiliar- und des Immobiliarsachenrechtes, und des Erbrechtes — dem Wesen und der verschiedenen Strenge der Rechtsgruppen entsprechend, unterschiedlich ausgestaltet sind. So wird in dem weitaus beweglichsten Recht, dem Schuldrecht, bereits dem leichtfahrlässigen Irrtum kein Schutz mehr zugebilligt.[5]) Im Rahmen des Rechtes des Schuldverhältnisses fragt es sich lediglich, ob der Irrende den wahren Sachverhalt infolge einer „Fahrlässigkeit" nicht kannte („kennen mußte"). Bereits dann versagt der Vertrauensschutz.

Dagegen wird das Vertrauen im Immobiliarsachenrecht in jeder Hinsicht geschützt: Der falsche Inhalt eines Grundbuchs ist dem Vertrauenden selbst dann unschädlich, wenn er „grobfahrlässig" an die Richtigkeit der Eintragung glaubte. Nur dann erleidet er einen Rechtsverlust, wenn ihm positiv bekannt war, daß die Eintragung unrichtig war.[6])

Das Mobiliarsachenrecht, dem § 1007 angehört, hält seinem Wesen nach zwischen dem strengen Liegenschaftsrecht und dem labilen Schuldrecht die Mitte. Demgemäß bestimmt § 932 Abs. 2 hinsichtlich des Umfangs des Gutglaubensschutzes, daß der Erwerber nicht im guten Glauben sei, „wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist." Das bedeutet: dem fahrlässig Vertrauenden wird der Rechtsschutz nicht versagt, wohl aber dem grobfahrlässig Irrenden.

3) Diese Bestimmung des § 932 Abs. 2 ist, soweit sie das zu schützende Maß des Vertrauens feststellt, für das gesamte Fahrnisrecht als maßgebend zu erachten. Danach läßt sich, unter Berücksichtigung der gesamten, im Abschnitt „der Begriff des guten Glaubens in § 1007" entwickelten Gedankengänge folgende Gesamtdefinition für den Begriff des guten — bzw. bösen Glaubens des Besitzers im Rahmen des § 1007 geben:

„Der Besitzerwerber ist nicht im guten Glauben, wenn er weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er kein Recht

---

[5]) §§ 122 II, 142 II, 169, 173, 405, 674, 729.
[6]) §§ 892, 893, vgl. auch im Erbrecht §§ 2366, 2367.

zum Besitz hat;" oder: „bösgläubig ist, wer eine Sache in Besitz nimmt, obschon er weiß oder ohne grobes Verschulden hätte wissen müssen, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist."[7])

IV. Die Endigungsvoraussetzung des Rechtes.

An das Erfordernis des guten Glaubens auf Seiten des Klägers bei Besitzerwerb schließt sich in § 1007 Abs. 3 als weitere Bestimmung an, daß er den Besitz nicht aufgegeben haben darf. Das Gesetz drückt das mit den Worten aus: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hatte." — Die Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß keine Veranlassung besteht, dem früheren Besitzer, der seinen Besitz freiwillig aufgab, eine Handhabe zur Wiedererlangung seines Besitzes zu geben.

A.) Dem Gesetzeswortlaut entsprechend sieht die herrschende Meinung[1]) in der fraglichen Bestimmung lediglich eine Einwendung gegen den Anspruch. Bezieht man sie jedoch auf das dem Anspruch zugrundeliegende Recht, so gewinnt sie die weitergehende Bedeutung, den Endigungstatbestand eben dieses Rechtes zu kennzeichnen: Das Recht zum Besitz aus § 1007 endet mit der freiwilligen Aufgabe des Besitzes durch den Besitzer. Unter dieser Voraussetzung ist ihm die rechtliche Möglichkeit versagt, von dem späteren Besitzer unter Berufung auf seinen früheren Besitz die Herausgabe gemäß § 1007 zu verlangen, weil er das diesem Anspruch zugrundeliegende Recht zum Besitz freiwillig aufgegeben hat. — Es handelt sich hier um einen Endigungstatbestand, der dem des § 959 BGB. entspricht: So wie das Eigentum erlischt mit der freiwilligen Hingabe des Besitzes unter dem Willen, sich des Eigentums zu entäußern, so endet das Recht zum Besitz des § 1007 durch freiwillige Aufgabe des Besitzes unter dem Willen, die Sache nicht mehr zu besitzen.

B.) Die tatsächlichen Voraussetzungen, die den Begriff der Aufgabe erfüllen, bedürfen der näheren Kennzeichnung, da sie vom Gesetzgeber nicht bestimmt worden sind.

a) Die freiwillige Aufgabe des Besitzes erfordert einmal in objektiver Beziehung die Weggabe der Sache, d. h. die Beendigung des Besitzverhältnisses.

Eine solche Beendigung des Besitzverhältnisses liegt nicht vor, wenn der Besitzer die Sache an einen Besitzmittler weitergibt; denn auch der mittelbare Besitzer ist Besitzer im Rechtssinne. Daher stellt die Hingabe der Sache unter Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses keine „Aufgabe" dar; kommt dem Besitzmittler die Sache abhanden, so hat nicht nur er, sondern auch

---

[7]) Gierke, FB. S. 51 ff., DPR § 116 Anm. 70. Wolff I, 1; Biermann 2; Planck 2, b α und § 990, 2 a β; Warneyer 1; Staudinger IV A 2; RGRKom. 1, § 990, 2; Goldmann-Lilienthal Bd. 2 § 50 Anm. 18; Endemann § 46, 3, b; Landsberg § 186 I, 2b, aa; Henle III vor 1; Cosack-M. § 17, III, 2,b; Koppers DJZ 1902 S. 196; Neumann S. 22.

[1]) Biermann 2, b, II; RGRKomm. 2; Planck 3, b α; Cosack-M. § 17 III 2a; Gierke, DPR. § 116 Anm. 10; Buhl S. 89.

sein mittelbarer Besitzer gegen den gegenwärtigen Besitzer einen Herausgabeanspruch gemäß § 1007.[2])

b) Neben dieses objektive Kennzeichen der Aufgabe tritt als weiteres subjektives der Wille, die Sache nicht mehr besitzen zu wollen. Die Besitzentäußerung muß in diesem Sinne „freiwillig" sein. Diese Willensäußerung kann in der Abgabe einer Willenserklärung dem späteren Besitzer gegenüber liegen, wie z. B. in der Einigung über den Eigentumsübergang auf den Erwerber, oder in der Rückgabe eines entliehenen Gegenstandes an den Verleiher unter Beendigung des Leihverhältnisses.[3]) Der Wille kann jedoch auch stillschweigend durch eine Handlung zum Ausdruck gebracht werden, durch eine Handlung, die unmittelbar auf die Verwirklichung des Willens geht. In diesem Sinne kann durch einfaches Wegwerfen der Sache der Tatbestand der freiwilligen Aufgabe erfüllt werden.

In beiden Fällen finden auf die geäußerte Freiwilligkeit — sei es daß sie durch eine Willenserklärung, sei es daß sie durch eine Willensäußerung ohne Kundmachungszweck erfolgte, die Vorschriften über die Willenserklärung Anwendung. Das bedeutet, daß ein beschränkt Geschäftsfähiger oder ein Geschäftsunfähiger nicht wirksam aufgeben kann.[4])

C.) Im einzelnen wird in der Literatur zu dem Begriff der Aufgabe und seiner Rechtsbedeutung eingehend die Frage erörtert, ob die Aufgabe der Sache durch den Besitzmittler gegenüber dem Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers anspruchsvernichtende Bedeutung habe, d. h. ob dem mittelbaren Besitzer, falls er aus § 1007 gegen einen späteren Besitzer im Klagewege vorgehen will, die Aufgabe seines Mittlers entgegengehalten werden kann, mit der Wirkung, daß seine Klage abgewiesen werden müßte.

Die Ansichten hierüber gehen auseinander.

a) Die früher herrschende Meinung[5]) vertrat den Standpunkt, die Aufgabe des Mittlers wirke gegen den mittelbaren Besitzer und begründet diese ihre Ansicht folgendermaßen:

Der mittelbare Besitzer — etwa der Verleiher — habe seinem Besitzmittler — dem Entleiher — die tatsächliche Verfügungsgewalt im Sinne des § 854 BGB. eingeräumt. Gebe der Besitzmittler den Besitz auf, so erinnere diese seine Aufgabe an die des mittelbaren Besitzers; folglich müsse dieser sie gegen sich gelten lassen.

Eine Rechtfertigung ihrer Ansicht glaubt die Lehre namentlich aus den Bestimmungen der §§ 932, 935 herleiten zu können. Sie geht davon aus, daß die „Aufgabe" das contradictorische Gegenteil des „Abhandenkommens" sei: Entweder sei eine Sache abhanden gekommen oder aufgegeben; einen Sachverhalt der weder unter den einen noch unter den anderen Tatbestand falle, gebe es nicht. —

---

[2]) Vgl. oben S. 14, B a.

[3]) Gierke FB. S. 60; Staudinger IV A 3a; RGRKom. 2 Henle II, 2, a.

[4]) So RGRKom. § 1007, 1. Offenbar anders: Henle II, 2, a, α. (Abs. 4): „Andererseits tilgt die völlige Weggabe auf Seiten eines beschränkt Geschäftsfähigen sein „Recht auf Besitz."

[5]) Planck, frühere Auflage 3 b β, 3 b α; Gierke FB, S. 59, DPR § 116, Anm. 78; Crome § 387, III 1 c; Maenner § 27, Anm. 88 u. 90; Kober § 1007, IV, A, 3c; Leonhard zu Eck S. 191, Note 3.

Da aber gemäß § 935 die vom Besitzmittler weggegebene Sache im Verhältnis zu dem mittelbaren Besitzer keine abhanden gekommene Sache sei, erscheine sie als freiwillig aufgegeben auch für den mittelbaren Besitzer.

Das Ergebnis der Lehre geht dahin, daß der mittelbare Besitzer gegen den Drittbesitzer aus § 1007 nicht vorgehen kann, selbst wenn dieser bei Besitzerwerb wußte, daß der Besitzmittler die Sache unbefugterweise unter Verletzung des Besitzmittlungsverhältnisses weggab.

b) Die Lehre hat Widerspruch gefunden, u. a. hat Crome,[6]) der sie grundsätzlich vertritt, bereits anerkannt, daß ihr Ergebnis nicht befriedigend ist. Er hat daher dem bösgläubigen späteren Besitzer, der Klage des früheren mittelbaren Besitzers gegenüber, den Einwand der Aufgabe versagt mit der Begründung, der bösgläubige Besitzer könne sich aus dem Grunde nicht auf die Aufgabe des Besitzmittlers berufen, weil er als Bösgläubiger kein Recht zum Besitz erlangt habe, das seine Verwirklichung im Besitz finden könne.

c) Allgemeine Ablehnung findet die Lehre aber in der neueren Wissenschaft.[7]) Gewichtige Gegenausführungen hat namentlich Biermann gemacht.[8]) Er führt einmal wörtlich aus:

> „Gegen die Auffassung spricht, daß nach ihr der Anspruch aus § 1007 Abs. 1 — abgesehen von Geld- und Inhaberpapieren, — überhaupt kein Anwendungsgebiet hätte. Denn die Sache ist entweder dem früheren Besitzer abhanden gekommen, dann ist der Anspruch aus § 1007 Abs. 2 gegeben — oder ihr Besitz ist von dem früheren Besitzer aufgegeben worden, dann besteht überhaupt kein Anspruch auf früheren Besitz. Dies ist aber schwerlich die Meinung des Gesetzes."

Ferner macht er darauf aufmerksam, daß, falls die ältere Lehre zuträfe, ein mittelbarer Besitzer, der selber nur auf Grund eines obligatorischen Rechtes zum Besitz berechtigt sei, gegenüber dem späteren bösgläubigen Besitzer — der die Sache nach der Aufgabe durch den Besitzmittler in Besitz genommen habe — geradezu schutzlos sei: Der Anspruch aus § 1007 sei ihm versagt, weil ihm die Aufgabe seines Besitzmittlers entgegen gehalten werden könne; aber auch aus seinem Recht zum Besitz könne er nicht vorgehen, weil es als obligatorisches Recht gegen Dritte wirkungslos sei.

Auch der Reichsgerichtskommentar[9]) nimmt gegen die ältere Lehre Stellung. Er führt aus, nicht alle Sachen, die aus dem Besitz einer Person gekommen seien, ohne als abhanden gekommene zu erscheinen, seien „freiwillig aufgegebene" Sachen. Denn das contradictorische Gegenteil der „Aufgabe" sei nicht das Abhandenkommen, sondern der „unfreiwillige Besitzverlust". „Abhandenkommen" und „unfreiwilliger Besitzverlust" seien aber nicht gleich-

---

[6]) Crome § 387, I,.

[7]) RGRKom. 1; Planck (1920) 3 b α; Biermann (1914) 2 b; Cosack-M. § 17, III, 2a δ; Wolff § 15, II 1c, § 23, I, 2; Endemann § 46 Anm. 20; Goldmann-Lilienthal § 50 Anm. 21; Staudinger IV, a 3 c; Buhl S. 89; Henle II, 2a α; v. Thur DJZ 1904, S. 350.

[8]) Biermann (1914) 2 b.

[9]) RGRKom. § 1007, 1.

artig. Es gäbe Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes, die sich nicht als abhanden gekommen darstellten; und zwar seien das die Fälle, in denen der Besitzmittler die Sache des mittelbaren Besitzers unterschlage und gegen den Willen des mittelbaren Besitzers weggebe.

Die herrschende neuere Lehre lehnt daher die ältere Ansicht aus den oben gekennzeichneten Gründen ab und vertritt die Auffassung, trotz Aufgabe der Sache durch den Besitzmittler könne der mittelbare Besitzer gemäß § 1007 Abs. 1 die Sache vom gegenwärtigen Besitzer herausverlangen, wenn dieser bei Besitzerwerb nicht im guten Glauben gewesen sei.

Auch Henle teilt offenbar diese Ansicht,[10]) indem er ausführt: „Die Uebergabe der Sache an einen Besitzmittler ist weder Besitzaufgabe nach § 856, noch Besitzaufgabe nach § 1007 Abs. 3. Das Recht (auf Besitz) endet nicht, gebiert vielmehr gegen einen schlechtgläubigen Dritterwerber nach Absatz 1 den Anspruch auf Herausgabe." — Man wird aber an dieser seiner Ansicht Zweifel hegen müssen im Hinblick auf eine weitere Stelle seiner Abhandlung,[11]) an der er sagt: „Im Gegensatz zur Eigentumslehre wird auch der Fall bedeutsam, daß der Besitzmittler die Sache weggeworfen und der Dritte sie nicht grobfahrlässig für wirksam derelinquiert gehalten hat. . . . Die Besitzaufgabe des Mittlers erinnert an die des Berechtigten selbst." Mit dieser Begründung versagt er in dem bezeichneten Falle dem mittelbaren Besitzer den Herausgabeanspruch gegen den gutgläubigen Besitzergreifer.

Die beiden Zitate enthalten m. E. einen Widerspruch; denn beide dort behandelten Fälle sind solche, die eine Aufgabe der Sache durch den Mittler enthalten und die sich nur dadurch unterscheiden, daß der nachfolgende Dritterwerber im ersten Falle bösgläubig und im zweiten Falle gutgläubig ist. Warum soll aber in dem zweiten Falle die Aufgabe des Mittlers an die des Berechtigten selbst erinnern mit der Folge, daß der Herausgabeanspruch dem früheren mittelbaren Besitzer versagt und im ersten Fall dagegen, unabhängig von der Aufgabe, der Anspruch gegeben sein soll?

Henle verkennt m. E. die Rechtsnatur der freiwilligen Aufgabe, wenn schon die von ihm getroffenen Entscheidungen in beiden Fällen zutreffend erscheinen: Die Klage des mittelbaren Besitzers gegen den gutgläubigen Drittbesitzer ist nicht aus dem Grunde ungerechtfertigt, weil sein Recht auf Besitz infolge der „Aufgabe" durch den Mittler erloschen wäre; es fehlen vielmehr die gemäß § 1007 Abs. 1 bzw. Abs. 2 erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen; denn einerseits ist die Sache nicht abhanden gekommen — sodaß der Anspruch aus Abs. 2 unbegründet erscheint, - andererseits war der gegenwärtige Besitzer beim Besitzerwerb gutgläubig — sodaß auch ein Anspruch auf Abs. 1 nicht gegeben ist. Anders dagegen in dem erstbehandelten Falle, in dem Henle dem früheren mittelbaren Besitzer den Anspruch gewährt; in diesem Falle war der Besitzerwerber bösgläubig, sodaß der Anspruch auf Herausgabe des früheren mittelbaren Besitzers gemäß § 1007 Abs 1 begründet ist.

10) Henle II, 2a. (letzter Absatz).
11) Henle II, 2b (Abs. 2).

d) Die oben gekennzeichnete neuere Lehre verdient durchaus vor der älteren den Vorzug. Den Ausführungen Biermanns[12]) und auch des Reichsgerichtsrätekommentars[13]) ist beizutreten. Sie sind geeignet, die ältere Lehre zu widerlegen. Richtiger Ansicht kann daher der gegenwärtige Besitzer sich dem früheren mittelbaren Besitzer gegenüber nicht darauf berufen, daß der Besitzmittler die Sache aufgegeben habe, gleichgültig ob er gut oder bosgläubig war.

Die Entscheidung wird im besonderen Maße gerechtfertigt, blickt man auf das dem Anspruch auf § 1007 zugrundeliegende Recht, dessen Endigungstatbestand die freiwillige Aufgabe des Besitzers darstellt: Das Recht des mittelbaren Besitzers zum Besitz der Sache aus § 1007 endet danach nur dann, wenn er seinen mittelbaren Besitz freiwillig aufgibt, da dieser Grundlage seines Rechtes ist; sein Recht muß daher unangetastet bleiben, wenn der Besitzmittler die Sache gegen den Willen des mittelbaren Besitzers freiwillig aufgibt; denn zwar endet dadurch auch das Besitzverhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache, jedoch tritt die Beendigung gegen seinen Willen ein. Gerade in diesem Falle soll sich das Recht des § 1007 bewähren.

V. Der Anspruch des § 1007.

Der Anspruch ist seinem Wesen und seiner Bedeutung nach das Kennzeichen des subjektiven Privatrechtes.[1]) Er ermöglicht es, das Recht im Wege der Klage gegen den Rechtsverletzer durchzusetzen.

Der Anspruch aus § 1007 entsteht im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes. Er fließt aus dem oben gekennzeichneten, dem Eigentum verwandten unbenannten Recht zum Besitz. Sein Ziel ist es, den früheren Besitzer wieder in den Besitz der Sache zu setzen.

A.) Anspruchsgegner ist der gegenwärtige Besitzer. Dieser ist jedoch gemäß § 1007 Abs. 1 nur insoweit zur Herausgabe der Sache verpflichtet, als er bei Besitzerwerb bösgläubig war. Die Bösgläubigkeit des gegenwärtigen Besitzers ist demnach unmittelbare Voraussetzung für den Herausgabeanspruch des früheren Besitzers, soweit nicht die besonderen Voraussetzungen des § 1007 Abs. 2 gegeben sind.

Hinsichtlich des Begriffs des guten Glaubens innerhalb der Bestimmung des § 1007, insbesondere des Abs. 1, kann auf die Ausführungen oben S. 14 ff. verwiesen werden. Danach ist derjenige bösgläubig, der eine Sache in Besitz nimmt, obschon er weiß oder ohne grobes Verschulden hätte wissen müssen, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist.

Für die Bösgläubigkeit in diesem Sinne ist daher grundsätzlich kein Raum, wenn der gegenwärtige Besitzer ein Recht zum Besitz der Sache hat. Hiervon bestehen Ausnahmen:

Bösgläubig ist auch derjenige Besitzer, der ein Recht zum Besitz der Sache hat, dessen Recht jedoch zurzeit beschränkt ist. So ist der Eigentümer bösgläubig, der seinem Gläubiger eine Sache

---

[12]) Vgl. oben S. 20 f.; Biermann (1914) 2 b.
[13]) RGKomm. § 1007, 1. vergl. oben Anm. 9, S. 20.
[1]) Lehmann § 10, III.

verpfändet und übergeben hat und sie ihm heimlich wieder entwendet. Im Rahmen des § 1007 steht daher die Kenntnis des Nichtrechtes der Kenntnis des zurzeit gegenüber dem früheren Besitzer beschränkten Rechtes gleich.[2])

Eine weitere Ausnahme kennzeichnet folgender von Henle wiedergegebener Fall:

Der Dieb vermietet die gestohlene Sache dem Mittäter. — Dieser „entbehrt nun nicht des guten Glaubens; er hat sogar ein Recht zum Besitz, einen gültigen Mietvertrag."[3]) Trotzdem muß er als bösgläubig im Sinne des § 1007 angesehen werden, denn entscheidend ist nicht das Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtes zum Besitz demjenigen gegenüber, von dem der Besitz abgeleitet wird, sondern vielmehr der Glaube, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt zu sein. Es gilt hier das gleiche wie für die Bestimmung des § 990 Abs. 1, der die Haftung des Besitzers dem Eigentümer gegenüber nicht ausschließt, wenn zwar der Besitzer seinem mittelbaren Besitzer gegenüber zum Besitz berechtigt oder bezüglich dieser Berechtigung im guten Glauben ist, aber weiß, daß er im Verhältnis zum Eigentümer der Sache nicht berechtigt ist.[4])

B.) Während in § 1007 Abs. 1 Voraussetzung des Herausgabeanspruchs ist, daß der gegenwärtige Besitzer bei Besitzerwerb bösgläubig war, so ist gemäß § 1007 Abs. 2 der Herausgabeanspruch unabhängig von dem etwa guten oder bösen Glauben des Besitzers auch dann begründet, wenn die Sache dem früheren Besitzer im weiteren Sinne „abhanden kam". Das Gesetz bestimmt: „Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von dem gutgläubigen Besitzer verlangen".

a) Die Voraussetzungen für die Begriffe „gestohlen oder verloren" ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 242 StGB., 965 BGB., sodaß sie keiner näheren Erläuterung bedürfen. Nicht so klar ist, welche tatsächlichen Umstände den Begriff der „abhanden gekommenen Sache" erfüllen, da eine gesetzliche Definition für ihn nicht gegeben ist.

Der Gesetzgeber hat von diesem Begriff an maßgeblicher Stelle nochmals Gebrauch gemacht, und zwar in § 935 BGB. Im Rahmen dieser Bestimmung hat sich in Literatur und Rechtsprechung die allgemein anerkannte Definition herausgebildet: „Abhanden gekommen sind alle die Sachen, die dem Besitzer wider Willen aus seinem unmittelbaren Besitz gekommen sind."[5])

---

[2]) Wolff § 23 Anm. 6; Gierke FB. S. 51; Planck § 1007, 2b β; Koppers DJZ 1902, S. 196.

[3]) Henle III, 3.

[4]) Vgl. Planck § 990, 2a β (letzter Absatz); Goldmann—Lilienthal Bd. 2 § 51, Note 14.

[5]) Vgl. etwa Wolff § 69 I, 1. — Abhandengekommen sind daher auch die vom Besitzdiener unterschlagenen Sachen und für den mittelbaren Besitzer die seinem Besitzmittler ohne dessen Willen aus dem unmittelbaren Besitz gelangten Sachen. Vgl. Biermann 3 vor a; Cosack III, 2a.

Diese Begriffsbestimmung hat auch im Rahmen des § 1007 Anwendung zu finden, eine Ansicht, die heute nicht mehr bestritten ist, nachdem Biermann seine früher vertretene Auffassung aufgegeben hat.[6])

In seiner früheren Auflage (1903) hat Biermann den Begriff der abhanden gekommenen Sache in § 1007 abweichend von dem in § 935 festgelegt; und zwar vertrat er die Auffassung, daß für den Rahmen des § 1007 entgegen § 935 die vom Besitzmittler unterschlagenen Sachen für den mittelbaren Besitzer als abhanden gekommene zu behandeln seien. Er begründete seine Ansicht folgendermaßen:

> „Im Sinne des § 935 ist die Begründung eines vermittelnden Besitzes Aufgabe des Besitzers, daher bedarf es der Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, weil an und für sich eine dem vermittelnden Besitzer abhanden gekommene Sache — da der mittelbare Besitzer ihren Besitz eben bereits aufgegeben hatte — nicht als eine auch diesem abhanden gekommene Sache anzusehen ist. Im Sinne des § 1007 ist Begründung eines vermittelnden Besitzes noch keine Besitzaufgabe, infolgedessen der von dem vermittelnden Besitzer ohne Zustimmung des mittelbaren aufgegebener Besitz ein diesem ohne seinen Willen entzogener, kein von ihm aufgegebener."

Biermann geht demnach in seiner früheren Auflage von dem Schluß aus, daß eine nicht aufgegebene Sache stets eine abhanden gekommene sei. „Denn die Sache, die der Kläger auf Grund früheren mittelbaren Besitzes in Anspruch nimmt, ist entweder eine solche, deren Besitz er aufgegeben hat, oder eine solche, die ihm abhanden gekommen ist. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht."[7]) Seine Lehre beruht daher auf der auch anderweits vertretenen Meinung, das Abhandenkommen und Aufgabe sich gegenseitig ausschlössen.[9])

In seiner neueren Auflage (1914) hat Biermann dann diese frühere Ansicht mit den Worten aufgegeben:

> „Am ansprechendsten ist die Auffassung, daß die vom vermittelnden Besitzer aufgegebene Sache zwar keine dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommene Sache ist, aber auch keine von ihm aufgegebene."[8])

Damit hat er anerkannt, daß die Auffassung, die Begriffe des Abhandenkommens und der freiwilligen Aufgabe seien contradictorische Gegenteile, nicht zutreffend ist.[10]) Mit Recht hat er daher seine frühere Ansicht in der neueren Auflage geändert. Es ist daher daran festzuhalten, daß ein Abhandenkommen im Rahmen des § 1007 immer dann anzunehmen ist, wenn dies auch im Rahmen des § 935 der Fall sein würde.

---

[6]) Biermann (1903) 2b; 3; (1914) 3.
[7]) Biermann 1903, 2b, 3.
[8]) Biermann 1914, 2b.
[9]) Vergl. oben S. 19 f.
[10]) Vergl. auch die oben S. 20 wiedergegebene Kritik des RG-Kom. § 1007, 1.

VI. Die Verteidigungsmittel des Beklagten gegen den Anspruch aus § 1007.

Gegen die Klage des früheren Besitzers auf Herausgabe der Sache stehen dem Beklagten Verteidigungsmittel zur Verfügung, die eine dem Kläger antragsgemäß günstige Entscheidung des Richters ausschließen. Und zwar kann er Einwendungen oder Einreden geltend machen. — Er erhebt einen Einwand, wenn er solche Tatsachen vorträgt, aus denen das Nichtbestehen des klägerischen Rechtes hervorgeht. Diese Tatsachen muß der Richter von amtswegen berücksichtigen. — Die Einwendungen zergliedern sich in solche des nichtentstandenen und des wiedererloschenen Rechtes.

Dagegen läßt sich die Einrede ganz allgemein als ein Leistungsverweigerungsrecht kennzeichnen, das nur Berücksichtigungen im Rechtsstreit finden kann, wenn der zur Weigerung der Leistung berechtigte Beklagte sich auf sie beruft.

A.) Als Einwand des nichtentstandenen Rechtes — nämlich des Rechtes zum Besitz aus § 1007 — stellt sich das Vorbringen des Beklagten dar, der Kläger sei bei Besitzerwerb nicht im guten Glauben gewesen. Denn das Recht des § 1007 ist nach seinen oben entwickelten Kennzeichen in der Entstehung an die Voraussetzung geknüpft, daß der frühere Besitzer ein Recht zum Besitz hatte, oder zum mindesten ein solches Recht gutgläubig für sich in Anspruch nahm.

Für diesen seinen guten Glauben ist der Kläger kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nicht beweispflichtig; vielmehr ist es Sache des Beklagten, den bösen Glauben des Gegners im Wege der Einwendung in den Rechtsstreit zu bringen und die tatsächlichen Umstände unter Beweis zu stellen, aus denen sich die Bösgläubigkeit des Klägers ergeben soll. Es rechtfertigt sich diese Beweislastregelung, wie bereits oben gekennzeichnet,[1]) aus dem Grundsatz heraus, daß, wer ein Recht geltend macht, nur den normalen Entstehungstatbestand beweisen muß, der Beweis anormaler Hinderungsgründe dagegen dem Gegner obliegt. Als anormaler Hinderungsgrund ist aber der „böse Glaube" des Klägers anzusehen, zumal da der „gute Glaube" im System des Rechtes grundsätzlich vermutet wird.

B.) Als Einwand des wiedererloschenen Rechtes kennzeichnet sich das Vorbringen des Beklagten, der Kläger habe die Sache freiwillig aufgegeben (§ 1007 Abs. 3 Satz 2). Denn die freiwillige Aufgabe läßt das Recht des früheren Besitzers zum Besitz der Sache aus seinem Besitz erlöschen.[2])

Die Bedeutung dieses Einwandes für die gesamte Bestimmung des § 1007 ist nicht unbestritten. Es fragt sich nämlich, ob er auch gegen den aus § 1007 Abs. 2 begründeten Herausgabeanspruch von Bedeutung sein kann. — Da der Anspruch aus § 1007 Abs. 2 voraussetzt, daß die Sache dem Kläger wider Willen aus seinem Besitz kam, so ist die Ansicht der herrschenden Meinung[3]) nicht

---

[1]) Vgl. oben S. 14 f.

[2]) Vgl. oben S. 18 f.

[3]) RGKom. 3; Biermann 3 c; Wolff § 23 Anm. 5; Planck 3 b α 3 b β αα; Crome § 387, III, 2 c; Warneyer II, 3; Kretschmar 3 b; Gierke FB. S. 59, DPR. § 116 Anm. 78.

ganz unbegründet, daß das Geltendmachen der freiwilligen Besitzaufgabe durch den Kläger für die Klage aus § 1007 Abs. 2 lediglich ein Bestreiten der Klagevoraussetzungen darstelle, sodaß der fragliche Einwand einer selbständigen Bedeutung für § 1007 Abs. 2 entbehre. Die herrschende Lehre ist der Auffassung, der Gesetzgeber habe nur irrtümlicherweise den fraglichen Einwand in den für die beiden Absätze des § 1007 gleicher Weise geltenden Absatz 3 eingeordnet. Da er nur für die Klage aus Abs. 1 von Bedeutung sei, hätte er auch als besonderer Einwand gegen den Anspruch aus Abs. 1 gekennzeichnet und als solcher in § 1007 Abs. 1 eingefügt werden müssen. —

Der Lehre kann nicht beigetreten werden, und zwar aus folgenden Erwägungen heraus: Das Abhandenkommen einer Sache schließt nicht notwendigerweise die Möglichkeit einer freiwilligen Aufgabe im Sinne des § 1007 Abs. 3 Satz 2 aus.

Hierbei ist wieder davon auszugehen, daß dem Anspruch des § 1007 ein selbständiges Recht zugrunde liegt. Kommt die Sache dem Besitzer abhanden, so bleibt das Recht unangetastet, gebiert vielmehr den Anspruch des § 1007 Abs. 2. — Nun ist aber der Fall denkbar, daß der frühere Besitzer, nachdem der unfreiwillige Besitzverlust eingetreten war, zu erkennen gibt, er verzichte auf ihre Wiedererlangung. Diese Willensäußerung kann nur so ausgelegt werden, daß er auf jedes Recht an der Sache, also auch auf das Recht zum Besitz aus § 1007 verzichtet. Daraus erhellt, daß mit einer solchen Erklärung der Tatbestand der freiwilligen Aufgabe als Endigungsvoraussetzung des Rechtes aus § 1007 erfüllt ist, obwohl die Sache als eine abhanden gekommene erscheint. Also auch abhanden gekommene Sachen können aufgegeben werden,[4]) sodaß die Einordnung des Einwandes der freiwilligen Aufgabe durch den Gesetzgeber in Abs. 3 als gerechtfertigt erscheint.

C.) Weiterhin gewährt § 1007 Abs. 3 dem Beklagten das Recht, die Herausgabe der Sache zu verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Diese Bestimmung trifft § 1007 Abs. 3 Satz 3, indem er § 986 BGB. in Bezug auf den Herausgabeanspruch nach § 1007 für entsprechend anwendbar erklärt. Der nach § 1007 auf Herausgabe der Sache verklagte Besitzer, der zum Besitz berechtigt ist, nimmt demnach die gleiche Rechtsstellung ein, die er haben würde, wenn er nicht von dem früheren Besitzer, sondern von dem Eigentümer der Sache gemäß § 985 BGB. verklagt worden wäre.[5])

a) Eine bekannte Streitfrage zu § 985 ist die, ob der Gesetzgeber den zum Besitz berechtigten Besitzer gegenüber dem Eigentumsanspruch eine Einrede oder einen Einwand in der Bestimmung des § 986 gegeben hat. Da § 986 im Rahmen des § 1007 entsprechende Anwendung findet, wird diese Streitfrage auch für den Anspruch aus § 1007 von Bedeutung. Von einer eingehenderen Darstellung der streitigen Ansichten sei jedoch Abstand genommen,

[4]) Die Ansicht wird auch von Henle II, 2 a β vertreten.

[5]) Es ist dies gleichfalls eine erhebliche Parallele zwischen dem Recht des § 1007 und dem Eigentum. Sie ist geeignet die Ansicht zu bestärken, daß dem § 1007 ein dem Eigentum verwandtes Recht zugrunde liegt.

da sie in erster Linie in den §§ 985, 986 ihre Erörterung finden müssen. Es mag vielmehr folgender Hinweis genügen, daß die wohl herrschende Ansicht[6]) den zum Besitz berechtigten Besitzer dem Eigentümer gegenüber für einredeberechtigt hält. Eine Minderheit, der jedoch hervorragende Rechtsgelehrte zuzurechnen sind,[7]) erblicken in § 986 einen Einwand.

Man wird sich m. E. der herrschenden Lehre, die zudem dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, anschließen können und mit ihr den zum Besitz berechtigten Beklagten für einredeberechtigt halten dürfen.

b) Ueber diese allgemein für § 986 bestehende Streitfrage hinaus bietet § 986 in ausschließlicher Bedeutung für § 1007 Anlaß zu einer weiteren Frage. Sie geht dahin, ob auch der Eigentümer unter Berufung auf § 986 die Herausgabe der Sache verweigern dürfe. Denn wollte man den § 986 wörtlich, in strengstem Sinne entsprechend, auf den Herausgabeanspruch gemäß § 1007 anwenden, so müßte dem Eigentümer die Einrede aus § 986 versagt sein, weil er nicht unter die gemäß § 986 Berechtigten fällt: Der Besitzer, der sich gegenüber dem Eigentumsanspruch des § 985 auf sein Eigentum beruft, macht sich die Einrede des § 986 geltend, sondern bestreitet den Rechtsgrund der Klage. —

Eine wortgetreue entsprechende Anwendung des § 986 im Rahmen des § 1007, mit der Maßgabe, daß der Eigentümer von dem Verteidigungsmittel ausgeschlossen sein soll, befürwortet Henle.[8])

Er geht von dem eigentumsähnlichen Recht zum Besitz des § 1007 aus. Dieses Recht, habe — so führt er aus — als zweitrangiges, hilfsweises Recht zum Besitz dem Eigentum gegenüber eine relative Seite, sodaß es gegen den besitzenden Eigentümer keinen Anspruch zu begründen imstande sei.[9]) Danach sei es nicht erforderlich, das Eigentum unter die gemäß § 986 einredebegründenden Rechte zum Besitz einzuordnen.

Anderer Ansicht ist die herrschende Lehre,[10]) nach der das Eigentum unter erweiterter entsprechender Anwendung des § 986 als Einrederecht mit gleicher Wirkung wie etwa das Pfandrecht oder Mietrecht anzusehen ist.

Die herrschende Ansicht verdient den Vorzug. Der Auffassung Henles kann nicht beigetreten werden, da seine Lehre Ablehnung finden muß, nach der das dem § 1007 zugrundeliegende Recht dem Eigentümer gegenüber als ein relativ-absolutes anzusehen sei.[9]) Die Annahme eines relativ-absoluten Rechtes dürfte, wie bereits oben bemerkt, an eine Ueberkonstruktion grenzen.[11]) Richtig dagegen erscheint, daß das stärkere Recht zum Besitz, das Eigentum, die Wirkungen des schwächeren Rechtes aus § 1007 hemmt.

---

[6]) Vgl. Staudinger § 986, 1; Planck Vorbem. 2 vor § 985; Endemann Bd. 1 § 91, IIa; Maenner, 243/111; Warneyer § 986, 1; RG: 54, 44 ff.; 109, 128.

[7]) Wolff in Festgabe für R. Koch „Das Recht zum Besitz" S. 151 ff.; Lehrb. § 23, III, 1 u. Anm. 8 § 84, Anm. 14 m. Lit. Angaben. Lehmann § 24, I, 2 letzter Absatz. Crome § 36, 2.

[8]) Henle IV, Anm. 1.

[9]) Vgl. oben S. 7 f.

[10]) Vgl. etwa Planck 3 a β; Gierke FB. S. 57; Staudinger IV A, 1 a; Warneyer II, 1. Wolff, a.a.O. II, 2, b.

[11]) Vgl. oben S. 13.

Es begründet daher gegenüber der Klage aus § 1007 eine Einrede. Insofern kann der herrschenden Meinung ohne Bedenken beigetreten werden.

c) Eine weitere Streitfrage hinsichtlich der Einrede aus einem Recht zum Besitz gemäß § 986 geht dahin, ob der Beklagte durch jedes beliebige Recht zum Besitz die Klage zur Abweisung bringen kann, oder ob er nachzuweisen verpflichtet ist, daß ihm ein besseres Recht zum Besitz an der Sache als dem Kläger zusteht. Diese Streitfrage kann nur dann auftauchen, wenn man das dem Anspruch auf § 1007 zugrundeliegende Recht zum Besitz nicht voll würdigt. Denn geht man von diesem Rechte aus, so ergibt sich folgerichtig, daß der Nachweis eines jeden beliebigen anderen Rechtes zum Besitz durch den Beklagten der Klage aus § 1007 den Boden entzieht; denn das dem § 1007 zugrundeliegende Recht ist das schwächste, und nur ein hilfsweises Recht zum Besitz, dem jedes andere Recht zum Besitz überlegen ist. — Auf die Einrede des Beklagten hin ist es dann Sache des Klägers darzulegen, daß er außer seinem Recht zum Besitz aus § 1007 noch ein anderes Recht zum Besitz (etwa Eigentum, Pfandrecht usw.) an der Sache habe. Ist dieses Recht wiederum stärker als das einredeweise geltend gemachte Recht zum Besitz des Beklagten, so greift gegen die Einrede die Replick des Klägers durch, und der Beklagte muß zur Herausgabe der Sache verurteilt werden.

Diese Ansicht wird von all denen geteilt, die als Grundlage des Anspruchs aus § 1007 ein selbständiges Recht zum Besitz annehmen.[12]) Zutreffend erscheinen namentlich die Ausführungen Plancks:[13])

> „Beruft sich der Beklagte auf ein Recht zum Besitz, sei es ein dingliches oder persönliches, so erscheint die Behauptung des Klägers, daß ihm ein besseres Recht zustehe, prozessual als eine Replik. Das steht nicht mehr im Gesetz, aber das Gegenteil auch nicht, und es folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen."

Das „bessere Recht" darzulegen, ist demnach Sache des Klägers, wenn der Beklagte ein Recht zum Besitz im Wege der Einrede geltend macht.

Abzulehnen ist dagegen die andere Lehre,[14]) nach der der Beklagte zum Zwecke der Klagabweisung von sich aus nachzuweisen verpflichtet ist, daß ihm das bessere Recht zum Besitz zustehe. Es handelt sich hier um die Lehre, die das dem Anspruch aus § 1007 zugrundeliegende Recht übersieht und die Bedeutung und den Zweck des Anspruchs aus § 1007 darin erblickt, den durch den Besitz gewährten Rechtsschein für denjenigen wieder herzustellen, dem das bessere Recht zum Besitz der Sache zusteht. — Diese Lehre dürfte bereits oben widerlegt sein.[15]) Den dort erörterten Gesichtspunkten kann — was die hier insbesondere verhandelte Frage betrifft — hinzugefügt werden, daß der Kläger zur

[12]) Wolff § 23 Text zu Anm. 9; Warneyer II, 3; Planck § 1007, 1, 3a, β, 4, 8a.

[13]) Planck § 1007, 1.

[14]) Biermann 2b, Staudinger IV, A, 1a; Gierke FB. S. 65 ff., S. 57; DPR. § 116, Anm. 76 u. Text zu Anm. 86. RGKom. 5.

[15]) Vgl. oben S. 8 ff.

Begründung seiner Klage nicht aufzuklären verpflichtet ist, auf Grund welches Rechtes er die Sache vormals in Besitz gehabt hat. Wie kann daher von dem Beklagten der Nachweis erbracht werden, daß ihm das „bessere" Recht zum Besitz zustehe?

d) Die praktische Bedeutung der Einrede aus dem Recht zum Besitz unter entsprechender Anwendung des § 986 ist groß. Sie kann sowohl gegen eine Klage aus § 1007 Abs. 2 als auch gegen die aus Abs. 1 geltend gemacht werden.[16])

D.) Zwei weitere Verteidigungsmittel gibt der Gesetzgeber dem Beklagten in § 1007 Abs. 2. Danach soll der Anspruch ausgeschlossen sein, wenn der Beklagte Eigentümer der Sache ist, oder wenn sie ihm vor der Besitzzeit des Klägers bereits abhanden gekommen war. — Aus ihrer Einordnung in die Bestimmung des Abs. 2 ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber diese Verteidigungsmittel offenbar nur für eine Klage aus § 1007 Abs. 2 von Bedeutung hielt, daß sie daher auch nur dem gutgläubigen Besitzer der abhanden gekommenen Sache zur Seite stehen sollten. Dem Wortlaut des Gesetzes nach handelt es sich um Einwendungen.

Nicht unerhebliche Auslegungsschwierigkeiten bereitet die Bestimmung, daß der Anspruch des früheren Besitzers auf Herausgabe der Sache ausgeschlossen sein solle, wenn der gegenwärtige Besitzer Eigentümer der Sache sei. Denn nach durchaus herrschender und zutreffender Ansicht stellt das Eigentum ein Recht zum Besitz der Sache dar, das den Beklagten bereits gemäß §§ 1007 Abs. 3/986 BGB. zur Herausgabeverweigerung berechtigt, und zwar sowohl gegenüber einer auf § 1007 Abs. 1 wie auch auf Abs. 2 gestützten Klage. Ist unter diesen Umständen die nochmals besondere Hervorhebung des Eigentums in § 1007 Abs. 2 als Grundlage eines Einwandes gerechtfertigt?

a) Die Ansichten gehen hierüber auseinander. Die Lehre,[17]) die die Auffassung vertrat, der Beklagte müsse im Rahmen der Bestimmung des § 986 sein besseres Recht zum Besitz nachweisen, wenn er mit seiner Bitte um Abweisung der Klage durchdringen wolle, gibt folgende Erklärung: Unter entsprechender Anwendung des § 986 müsse der Eigentümer gegenüber der Klage aus § 1007 grundsätzlich nachweisen, daß dieses sein Eigentum das bessere Recht zum Besitz gegenüber dem des Klägers darstelle. Eine günstigere Stellung räume ihm § 1007 Abs. 2 Satz 1 ein, indem er durch den einfachen Nachweis seines Eigentums nunmehr die Klage zur Abweisung bringen könne. „Der Nachweis des Eigentums verschiebt also zugunsten des gutgläubigen Besitzers die Beweislast, nützt ihm aber nichts, wenn der frühere Besitzer ein besseres Recht zum Besitz, etwa aus Nießbrauch oder Pfandrecht nachweist."[18]) Das bedeutet: Nach dieser Lehre liegt es dem Kläger ob, im Wege der Replik gegenüber der Verteidigung des Beklagten sein besseres Recht zum Besitz geltend zu machen

---

16) Die Bedeutung der Einrede gegen die aus § 1007 Abs. 1 begründete Klage ergibt sich daraus, daß auch ein Besitzer, der ein Recht zum Besitz der Sache hat — das er im Wege der Einrede geltend zu machen in der Lage ist — bösgläubig sein kann. Vgl. oben S. 22 f.

17) Gierke FB. S. 62, DPR. § 116 Anm. 73; Biermann 3 c; Crome II, 2 b; Staudinger IV, B 1; Endemann § 46, 4a; Buhl S. 92.

18) Gierke DPR. § 161, Anm. 73.

und gegebenenfalls zu beweisen. Diese Replik wird von der Lehre im vollen Umfang zugelassen.

b) Demgegenüber vertritt die heute wohl herrschende Lehre die Auffassung, die besonderen Hervorhebungen des Eigentümers in § 1007 Abs. 2 stelle ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers dar; sie sei überflüssig im Hinblick auf die im Abs. 3 enthaltene Verweisung auf § 986. Die Lehre kommt zum Ergebnis, daß diese Vorschrift in § 1007 Abs. 2 zu streichen sei.[19]) — Zur Begründung der Ansicht wird im wesentlichen folgendes vorgebracht: So erblickt Wolff, wie oben bereits gekennzeichnet[20]) in der Geltendmachung eines Rechtes zum Besitz gemäß § 986 einen Einwand. Er teilt die Lehre, nach der auch der Eigentümer gegenüber der Klage aus § 1007 unter Anwendung des § 986 einwandberechtigt sei.[21]) Er hält daher die besondere Hervorhebung des Eigentümers in § 1007 Abs. 2 nicht nur für überflüssig, sondern auch für irreleitend, weil es nunmehr so aussehe, als werde der aus Eigentum begründete Einwand des § 986 anders als etwa die Einwendung aus einem Pfand- oder Mietrecht behandelt, und weil es den Anschein erwecke, als sei die Eigentumseinwendung gegenüber dem Anspruch des § 1007 Abs. 1 versagt. — Entgegen Wolff erblickt die überwiegende Lehre in § 986 eine Einrede.[22]) Sie stimmt in der hier behandelten Frage jedoch mit Wolff überein, indem auch sie annimmt, daß die besondere Hervorhebung des Eigentümers unnötig sei: Es sei nicht ersichtlich, — so begründet sie ihre Ansicht – aus welchem Grunde der Eigentümer in Bezug auf die Klage aus § 1007 Abs. 2 anders behandelt werden solle als gegenüber der Klage aus Abs. 1. Es entspreche dies keinem Bedürfnis. Die Sonderbehandlung nach dem Wortlaut des Gesetzes lasse sich daher nicht rechtfertigen.

c) Eine letzte Lehre schließlich hält sich streng an den Wortlaut des Gesetzes. Sie gibt dem Eigentümer gegenüber der Klage aus § 1007 Abs. 2 eine Einwendung, ohne auf den Grund einer solchen Sonderregelung im Hinblick auf § 1007 Abs. 3 in Verbindung mit § 986 einzugehen. Sie ist der Ansicht, daß weiterhin dem Kläger gegenüber dem Einwand des Eigentümers die Replik des besseren Rechtes versagt sei, daß er vielmehr — falls ihm ein besseres Recht zum Besitz zustehe — gezwungen sei, im Wege der Klagänderung seinen Herausgabeanspruch nunmehr auf dieses Recht zum Besitz zu stützen.[23])

d) Der unter a) gekennzeichneten Lehre kann m. E. nicht beigetreten werden, da sie auf der unzutreffenden Auffassung beruht, der Beklagte müsse gemäß § 986 sein „besseres" Recht zum Besitz darlegen, um mit seiner Einrede durchzudringen. Im einzelnen kann auf die Ausführungen oben Seite 28 verwiesen werden. — Zutreffend dagegen erscheinen die Gründe der unter c) wiedergegebenen Lehre. Es muß namentlich betont werden, daß die besondere Hervorhebung des Eigentümers in Abs. 2 zu der

---

[19]) RGKom. 1; Warneyer II, 3; Wolff II, 2 b; Planck 3 b β Cosack-M. § 17, III, 2 a.

[20]) Vgl. oben S. 27 Anm. 7.

[21]) Vgl. S. 27 Anm. 10.

[22]) Vgl. oben S. 27 Anm. 6.

[23]) Vgl. etwa Planck frühere Auflage. § 1007, 3; Kretschmar a.a.O.

Ansicht verleiten muß, das Eigentum begründe gegenüber der Klage aus § 1007 Abs. 1 kein Gegenrecht. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Eigentümer gegen die Klage aus § 1007 Abs. 2 besser gestellt sein soll als etwa der Nießbraucher oder Mieter; denn dem Wortlaut des Gesetzes nach müßte das Eigentum des Beklagten — als Grundlage eines Einwandes — auch dann im Rechtsstreit Berücksichtigung finden, wenn sich der Beklagte nicht darauf berufen würde, während ein Nießbrauch des Beklagten — als Einredetatsache gemäß § 986 — nicht von amtswegen berücksichtigt werden dürfte. Da die gesamte Bestimmung des § 1007 vom Gesetzgeber schlecht bearbeitet ist, so erscheint die Ansicht gerechtfertigt, nach der die fragliche Bestimmung in § 1007 Abs. 2 Satz 2 ein Redaktionsversehen darstellt.

E.) Schließlich ist gemäß § 1007 Abs. 2 der Anspruch ausgeschlossen, wenn die Sache dem Beklagten vor der Besitzzeit des Klägers abhanden kam.[24])

a) Die Rechtsnatur des Verteidigungsmittels ist nicht unbestritten. Dem Wortlaut nach handelt es sich um einen Einwand. Die herrschende Meinung kennzeichnet die Bestimmung auch als solchen. Gierke begründet die Ansicht damit, daß dem Kläger durch ein früheres Abhandenkommen der Sache bei dem Beklagten, „der Boden für seine Klage entzogen werde." Planck dagegen sagt: Der Anspruch sei von vorneherein ausgeschlossen, weil das auf unfreiwillig verlorenen früheren Besitz begründete Recht im Verhältnis des Klägers zum Beklagten jetzt nicht mehr dem Kläger, sondern dem Beklagten zustände.

Ohne nähere Begründung hält dagegen Biermann das fragliche Verteidigungsmittel für eine Einrede.[25])

Die herrschende Ansicht erscheint namentlich in der Begründung von Planck gerechtfertigt. Ein Anspruch des früheren Besitzers auf Herausgabe der Sache kommt nicht gegen denjenigen Besitzer zur Entstehung, der sie in noch früherer Zeit gegen seinen Willen verloren hatte.[26])

b) Gegen den Einwand des Beklagten stehen dem Kläger alle die Repliken zu, die ihm als Verteidigungsmittel gegeben wären, wenn er selber auf Herausgabe der Sache vom Beklagten gemäß § 1007 Abs. 2 verklagt wäre. Er kann daher im Wege der Replik alle die im § 1007 Abs. 3 und Abs. 2 aufgezählten Verteidigungsmittel gegebenenfalls geltend machen.[27])

---

24) Der Begriff des „Abhandenkommens" dürfte hier im weiteren Sinne auch den Diebstahl und den unfreiwilligen Verlust der Sache mit einschließen. Ueber den Inhalt des Begriffes kann auf die Ausführungen oben S. 23 f. verwiesen werden.

25) Biermann 3 b, wie er Staudinger IV B 2.

26) Henle IV, 2 erblickt in der fraglichen Bestimmung die Anerkennung des Grundsatzes, daß das ältere „Recht zum Besitz" dem jüngeren vorgehe.

27) a. A. Gierke, FB. S. 62. DPR. § 116, Anm. 74.

VII. Schlußbemerkung.

Als Gesamtergebnis der vorliegenden Arbeit kann abschließend folgendes festgehalten werden:

Der Anspruch des früheren Besitzers aus § 1007 ist dem Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB. aufs engste verwandt, da die Anspruchsgrundlagen beider Bestimmungen absolute Rechte zum Besitz bilden. Während jedoch der Anspruch aus § 985 sich klar und folgerichtig unter die Gesamtheit der Bestimmungen über das Eigentum einordnet und im Gesetz fest verankert ist, entbehrt der Anspruch aus § 1007 einer festen systematischen und gesetzlichen Grundlage. Der § 1007 enthält alles, sowohl den Inhalt des Rechtes zum Besitz, als auch seine Voraussetzungen, die Tatbestände des Anspruchs und schließlich die Verteidigungsmittel des Beklagten. Diese Erkenntnis bringt den § 1007 dem Verständnis näher, zeigt aber auch gleichzeitig, in welch unvollkommenem Maße der Gesetzgeber seine Gedanken zum Ausdruck gebracht hat. Dies ist umso bedauerlicher, als der Grundgedanke des § 1007 bei klarer gesetzestechnischer Fassung der Bestimmung hervorragende praktische Bedeutung hätte finden können, da er namentlich dem nur obligatorisch zum Besitz berechtigten früheren Besitzer ein hilfsweises dingliches Recht zum Besitz zur Seite gibt und dadurch seine Rechtsstellung in Bezug auf die Sache erheblich verstärkt.

Lebenslauf.

Ich wurde am 17. April 1910 als Sohn des Amtsrichters und gegenwärtigen Landgerichtsdirektors Friedrich Matthiae und seiner Gemahlin Charlotte geb. Faust zu Tholey (Saar) geboren. Meine Schulausbildung erhielt ich am Gymnasium Elberfeld, Realgymnasial-Abteilung. An dieser Anstalt legte ich am 5. März 1928 die Reifeprüfung ab. — Im Verlauf der folgenden Jahre besuchte ich die Universitäten Marburg, München und Köln und bestand am 1. Juni 1932 vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat ausreichend-befriedigend. Daraufhin erfolgte meine Ernennung zum Gerichtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf. Am 27. Juli 1933 promovierte ich zum Dr. jr. vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität zu Marburg.